

UNIVERSITÉ DE LYON - FACULTÉ DE DROIT

**Les actes de disposition
relatifs aux situations
juridiques futures**

en droit français
et en droit allemand

Les droits éventuels

THÈSE

SOUTENUE

devant la FACULTE DE DROIT de L'UNIVERSITÉ DE LYON

pour le DOCTORAT EN DROIT

PAR

RÉGIS GIRARD

Lauréat de la Faculté

Avocat à la Cour d'Appel



PAQUET, Imprimeur

10, RUE JARENTE - LYON

1939

**LES ACTES DE DISPOSITION
RELATIFS AUX SITUATIONS
JURIDIQUES FUTURES**

**EN DROIT FRANÇAIS
ET EN DROIT ALLEMAND**

LES DROITS EVENTUELS

UNIVERSITÉ DE LYON - FACULTÉ DE DROIT

**Les actes de disposition
relatifs aux situations
juridiques futures**

en droit français
et en droit allemand

Les droits éventuels

THÈSE

SOUTENUE

devant la FACULTÉ DE DROIT de L'UNIVERSITÉ DE LYON
pour le DOCTORAT EN DROIT

PAR

RÉGIS GIRARD

Lauréat de la Faculté
Avocat à la Cour d'Appel



PAQUET, Imprimeur
10, RUE JARENTE - LYON
1939

UNIVERSITE DE LYON — FACULTE DE DROIT

Doyen honoraire

M. JOSSERAND, O. ✱, ✱ I., Conseiller honoraire à la Cour de Cassation.

Professeurs honoraire

MM. APPLETON (Jean), O. ✱, ✱, ✱ I.
JOSSERAND, O. ✱, ✱ I.
LAMEIRE, ✱, ✱ I.
PIC (Paul), O. ✱, ✱ I.
LAMBERT (Edouard), O. ✱, ✱ I.
ANTONELLI (Etienne), ✱, ✱, ✱ I.
PERROUX (François), ✱ A.
BROUILHET (Charles), ✱.
LÉVY (Emmanuel), O. ✱, ✱ I.

Doyen

M. GARRAUD (Pierre), ✱, ✱, ✱ I.

Assesseur

M. ROUBIER, ✱ I.

Professeurs

MM. GONNARD, ✱, ✱, ✱ I., Professeur d'Economie politique.
PERROUD, ✱, ✱, ✱ I., Professeur de Procédure civile.
COHENDY (Georges), ✱, ✱ I., Prof. de Droit commercial général.
GARRAUD (Pierre), ✱, ✱, ✱ I., Professeur de Droit criminel.
ROUBIER, ✱ I., Professeur de Droit civil.
FAILETTI, ✱ A., Professeur d'Histoire du Droit public et du Droit privé de Doctorat.
LAMBERT (Jacques), ✱ A., Professeur de Droit Comparé.
DE LAPLANCHE, ✱ A., Professeur d'Histoire du Droit français.
NICOLAS, ✱, ✱, ✱ I., Professeur de Droit administratif.
PHILIP, ✱ A., Professeur d'Histoire des Doctrines économiques.
AULAGNON, ✱, ✱ I., Professeur de Droit civil.
SCHATZ, ✱, ✱ I., Professeur d'Economie Politique.
M^{me} BASTID, Professeur de Science financière et Législation française des Finances.

Professeur sans chaire

M. BASTID.

Agrégés

MM. RICHARDOT, chargé d'un cours d'Histoire du Droit.
TRÉVOUX, chargé des cours de Législation Industrielle et rurale.
BRUN, chargé d'un cours de Droit Civil.
PELLOUX, chargé du cours d'Etude des Institutions internationales d'organisation de la paix.

Chargés de cours

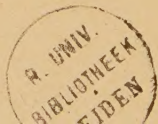
MM. CONDOMINE, ✱ I., Droit civil et Droit pénal (Capacité).
LÉVY (Jean), Droit Romain.

MEMBRES DU JURY

M. ROUBIER, Président.

MM. Ed. LAMBERT, BRUN, Assesseurs

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A MES PARENTS



INTRODUCTION

La vie moderne se caractérise par une hypertrophie véritable du crédit sous toutes ses formes ; les biens présents ne suffisant plus, on interroge les biens futurs, on veut dominer l'avenir en l'engageant. L'essor prodigieux du commerce et de l'industrie depuis la fin du siècle dernier motive dans une large mesure ce développement incessant de l'importance économique des valeurs futures. Les entrepreneurs peuvent de moins en moins exécuter les travaux qui leur sont commandés, sans pratiquer l'opération qu'on a pris l'habitude de désigner couramment sous le nom de « délégation de marchés » : elle consiste dans la cession à une banque, moyennant crédit, des créances futures qui naîtront contre l'Administration au fur et à mesure de l'exécution d'un marché de travaux publics ou de fournitures.

En présence de ce courant impétueux qui bouleversait la vie économique des peuples, qui transformait pour les anéantir les principes les plus sûrement acquis par des siècles de civilisation, les juristes se sont laissés impres-

sionner. Alors que la lutte était chaude entre économistes, qu'on pouvait assister à l'éclosion de toute une littérature nouvelle où les théories s'entrechoquaient pour construire sur d'autres bases, les civilistes sont restés à l'écart ; et lorsque certains auteurs ont manifesté l'intention de s'occuper de ces valeurs futures qui avaient envahi le domaine économique, leur influence s'est révélée néfaste.

Loin d'essayer d'endiguer le torrent, ils ont ouvert de nouvelles digues ; par une inconscience inconcevable, ils se sont évertués à donner aux situations juridiques futures la valeur de véritables biens présents ; c'est ainsi qu'a pris jour la théorie du droit éventuel, droit déjà né, assimilable en partie à un droit conditionnel et dont on pouvait disposer comme d'un droit présent ; et par droit éventuel, on englobait toutes les situations futures indistinctement, il n'y en avait jamais assez : on pouvait bien entendu disposer d'une expectative.

Au lieu de définir ces notions nouvelles pour en limiter l'utilisation, on a laissé planer le vague et l'imprécision sur leur contenu. La pratique, qui avait besoin de se justifier, s'est empressée d'en abuser ; les individus n'étant plus protégés contre eux-mêmes dans leur fièvre d'engager l'avenir inconsidérément, ont vu désormais leurs rapports basés sur l'instabilité. Après la guerre de 1914-18, la course à l'abîme s'est poursuivie à un rythme accéléré : elle a abouti à la crise économique mondiale terrible qui, il y a quelques années, a porté partout ses ravages ; « crise du crédit », a-t-on dit alors fort justement pour la caractériser. Elle entraîna avec elle l'effondrement de toutes les valeurs présentes ; bien des commerçants et indus-

triels furent obligés pour obtenir les crédits nécessaires à la reprise de leurs affaires, d'offrir leurs immeubles en gage : à ce moment s'est généralisée l'affectation hypothécaire à la garantie du solde éventuel d'un compte-courant.

Cette thèse sera donc avant tout une thèse de définition, de limitation, d'équilibre : le commerce et l'industrie doivent compter avec les valeurs futures, elles représentent un élément non négligeable du patrimoine des individus ; mais, comme de tout, il faut en user avec modération : l'abus même de la meilleure chose devient vite nuisible. Nous aurons donc à déterminer aussi exactement que possible ce qu'on doit entendre par acte de disposition relatif à une situation juridique future, et auparavant il est indispensable de définir le contenu de cette expression.

Depuis longtemps, la doctrine allemande a essayé de résoudre ces divers problèmes, aussi nous paraît-elle sensiblement plus avancée à ce point de vue que la doctrine française ; nous puiserons donc largement dans la littérature juridique allemande pour mener à bien la tâche que nous nous proposons.

Nous ne nous faisons d'ailleurs aucune illusion sur la difficulté de l'œuvre que nous entreprenons : « La langue du droit est encore mal faite et cela complique beaucoup les discussions : un grand nombre de termes les plus importants, Etat, souveraineté, liberté, propriété, droit même, sont susceptibles d'être pris dans des sens très différents ; les juristes semblent ainsi se trouver dans un perpétuel désaccord, en réalité plus apparent que réel, et cela contribue à écarter de la science du droit les

esprits soucieux de précision. Il est utile, de temps en temps, d'essayer de mettre un peu d'ordre dans ces multiples théories et de montrer que l'unité du droit survit à tant de divergences dont certaines tiennent surtout à des questions de terminologie » (1).

Avant de discuter, il convient donc de s'entendre, et ce sera l'objet de la première partie de cette thèse que de fixer, si possible, la terminologie ; puis dans une seconde partie, nous verrons dans quelle mesure les situations juridiques futures sont susceptibles d'actes de disposition.

(1) Louis LE FUR : *Les grands problèmes du Droit*, Paris, Sirey, 1937, p. 204.

PREMIERE PARTIE

NOTION DE DROIT FUTUR

Depuis la simple expectative jusqu'au droit pur et simple, les juristes ont dégagé toute une gamme de situations juridiques : droits éventuels, droits conditionnels, droits à terme ; mais les auteurs ne sont pas d'accord lorsqu'il s'agit de les définir ; certains parlent de droit d'expectative ; d'autres qui analysent le droit éventuel l'opposent au droit futur, sans d'ailleurs nous dire ce qu'ils entendent par là. Sur la notion elle-même de droit éventuel règne un grand flottement. Pour Planiol (1), ce sont des droits accordés aux héritiers présomptifs d'une personne, sous la double condition qu'ils lui survivront et recueilleront sa succession (2). Pour Baudry-Lacantinerie, la notion est plus large : les droits éventuels sont « tous les droits pouvant être recueillis dans une succession » (3).

Cette confusion qui règne dans la doctrine à ce sujet n'est d'ailleurs que le reflet d'une confusion semblable dans la jurisprudence ; les expressions : espérances, droit éventuel, notamment, sont employées dans des sens divers ; parfois concurremment avec l'expression droit conditionnel, au lieu d'y être opposées. Ainsi, la Cour de

(1) *Traité de Droit civil*, tome II, n° 652, p. 233.

(2) Cf. CAPITANT, D. P., 1929-2-106.

(3) *Traité de Droit civil*, Des donations entre vifs et testaments.

Cassation (4) parle de droit « purement éventuel », puis (5) de « droit éventuel soumis à la réalisation d'une condition ». Le Tribunal de la Seine oppose les droits purement éventuels aux droits conditionnels (6).

Avant d'examiner la notion de droit futur, il faut donc d'abord déterminer ce que la doctrine entend par droit éventuel, car nous arriverons peut-être à constater qu'au fond, les deux notions se rejoignent.

(4) Cass. req., 7 avril 1886 (*S.*, 86-1-484).

(5) Cass. req., 13 nov. 1889 (*S.*, 97-1-516).

(6) Seine, 29 juin 1923 (*D. P.*, 28-2-9).

CHAPITRE PREMIER

Examen de la notion de droit éventuel

C'est Demogue qui, le premier, a fait une théorie du droit éventuel ; elle a été reprise et développée dans une thèse par Titulesco. Désormais le gant était jeté, et la lutte allait être chaude entre les partisans du droit éventuel et ses détracteurs. Pour comprendre l'origine de cette lutte et ses raisons d'être, il faut analyser en quoi la théorie de Demogue était critiquable, car alors seulement nous pourrons peser les arguments en présence et juger les différentes conceptions émises en la matière.

Après avoir procédé à cette analyse, nous donnerons un aperçu des principaux courants qui ont divisé la doctrine sur cette question, et notre attention sera retenue par une théorie tout à fait originale, susceptible d'engager les auteurs dans une voie toute différente : celle de l'avant-contrat.

SECTION I. — LA DOCTRINE DE BASE : DEMOGUE

Demogue est un défricheur en la matière, son œuvre n'a la valeur que d'une ébauche ; on n'en peut dire autant de la thèse de Titulesco ; il a développé la pensée de l'éminent juriste, il l'a accentuée souvent ; on peut dire que la doctrine de Demogue, vue à la loupe par Titulesco, donne l'impression d'une théorie achevée, équilibrée. Nous verrons que ce n'est qu'une apparence, et qu'en réalité le droit éventuel, dans son aspect primitif, est une notion instable, contradictoire en elle-même, et dont l'importance pratique est souvent illusoire.

Paragr. I. — Exposé de la théorie

Demogue et Titulesco essayent d'abord de définir le droit éventuel en l'opposant aux notions voisines, puis par leur conception du droit réel éventuel, ils sont amenés à étudier le problème de la rétroactivité en cette matière.

1° DEFINITION DU DROIT EVENTUEL

On est obligé de constater qu'il y a « une série de cas où les divers éléments des actes juridiques, au lieu de coexister, se réalisent successivement » (1) ; c'est l'abandon du système romain de l'unité de temps qui doit dominer la question : « Nous en sommes aujourd'hui, sauf exception, au principe de la succession possible dans les éléments du contrat » (2).

(1) DEMOGUE : *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, p. 231.

(2) Id.

Par une transposition habile, Demogue envisage une formation successive du droit lui-même, et c'est de là qu'il fait sortir un critérium de distinction entre le droit éventuel et le néant juridique : « Dans les éléments pour la formation du droit conventionnel, ou plus exactement du droit né par accord des volontés, un seul est essentiel : une volonté... Quand cette volonté existe, il y a immédiatement un droit éventuel. Quant aux autres éléments : objet, contrat principal, s'il s'agit d'un contrat accessoire à former, par eux-mêmes, ils n'ont aucune valeur. Ce sont moins des éléments nécessaires pour l'existence du droit que pour son exécution. Si ces éléments de l'acte existent seuls, il n'y a aucun droit, c'est le néant juridique » (3). Et de ce dernier, il est « inutile d'en parler autrement que pour dire que ce cas est sans intérêt » (4).

Reprenant ces données, Titulesco définit le droit éventuel par opposition à ce néant juridique : « Dès que l'élément capital — volonté unilatérale et bilatérale, ou manquement à une obligation préexistante — d'un droit pur et simple existe, il n'y a plus expectative, mais droit reconnu par la loi, et que l'on est convenu d'appeler éventuel » (5). Il n'envisage en effet comme droits éventuels de source légale que ceux qui résultent de délits et quasi-délits : « Ici l'élément capital est une faute, le manque-

(3) DEMOGUE. *Rev. trim.*, 1906, p. 232.

(4) Id., 1906, p. 728.

(5) TITULESCO (Nicolas). *Essai sur une théorie générale des droits éventuels*, thèse Paris, 1907, p. 16.

ment à une obligation préexistante, et l'éventualité, un dommage » (6).

Demogue et Titulesco définissent aussi le droit éventuel par opposition au droit conditionnel. Alors que la condition est une modalité qui ne suspend que l'exécution du droit, l'éventualité est une modalité qui suspend la naissance même de ce droit. « Un droit peut dans son existence dépendre d'un événement futur et incertain qui le tient en suspens jusqu'à ce que l'événement arrive... Tout événement futur et incertain n'est pas susceptible de jouer le rôle de condition. Il faut encore que cet événement ne soit pas un des éléments essentiels de l'existence du contrat, il faut que ce soit un fait extrinsèque, extérieur au contrat si l'on peut dire, et que par un lien artificiel on a rattaché à la convention » (7).

On a ainsi, non pas à proprement parler une définition, mais des critères qui vont permettre de distinguer dans leur structure juridique le droit éventuel du droit conditionnel et de l'expectative.

2° LA NOTION DE DROIT REEL EVENTUEL

Tant que l'on reste dans le domaine des obligations, la notion de droit éventuel ne paraît pas rencontrer d'obstacles bien sérieux. Il n'en va pas de même lorsqu'on veut pénétrer dans le domaine des droits réels, surtout si l'on s'en tient aux conceptions classiques du droit réel et du droit de créance.

(6) Id.

(7) DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1905, p. 725.

Pour rendre vraisemblable cette notion de droit réel éventuel, Demogue est obligé de réaliser un véritable tour de force. Il doit donner au droit éventuel une existence qu'il lui a refusée en le définissant, il doit pour cela exagérer la portée de l'art. 1130 C. Civ., enfin il doit renverser la conception classique du droit réel, pour l'adapter aux exigences de sa théorie. Nous allons exposer ce chef-d'œuvre impartialement.

a) *L'art. 1130 donne au droit éventuel une existence propre*

Demogue nous dit en effet que « la portée considérable qu'il convient de donner à ce texte a besoin d'être mise en lumière. On n'insiste pas assez sur son explication quand on dit qu'on peut vendre une récolte à venir, ou le croît d'un troupeau. On prend là des exemples simples qui ne mettent pas sur la voie de la richesse d'idées pratiques que dissimule l'art. 1130. Ce texte signifie, en réalité, que l'on peut contracter valablement toute obligation portant directement sur une chose future ou se rattachant à une chose future, dont elle suppose l'existence ou qui fixera sa mesure » (8).

Titulesco accentue cette conception : « Une personne vend à une autre une récolte à venir ; la convention, quoique manquant d'objet, est valable conformément à l'art. 1130, qui permet qu'on fasse des choses futures l'objet d'une obligation. En disant que la convention est valable, j'entends que les obligations et droits des parties sont nés immédiatement, qu'ils ne sont pas suspendus dans

(8) DEMOGUE. *Rev. trim.*, 1905, p. 730.

leur création jusqu'au moment où l'objet apparaîtra, autrement ce serait ne donner aucune portée à l'alinéa 1^{er} de l'art. 1130 ; car ce serait décider que les contrats ne valent que s'ils portent sur des objets existants. Ce qui est différé, dans notre hypothèse, ce n'est que l'exécution des obligations, qui, évidemment, ne pourra se faire que le jour où l'objet a pris naissance. **Donc le droit de l'acheteur, quoique sans objet jusqu'au moment où la récolte promise ne prend pas corps, existe pourtant dès le jour de la convention ; l'acheteur a un droit reconnu par la loi, par l'art. 1130 qui, en permettant de contracter sur les objets futurs, reconnaît l'existence de droits sans objets » (9).**

On ne saurait être plus clair : le droit de l'acheteur d'une chose future existe dès le jour de la convention, puisque le contrat qui l'a engendré est parfait en vertu de l'art. 1130 ; toutefois ce sera un droit éventuel puisqu'il manque actuellement un objet à ce droit.

b) *Le droit réel s'analyse en un droit personnel*

La conception classique du droit réel, comme un droit portant directement sur la chose, doit être rejetée ; d'après Demogue, les juriscultes ont eu tort de mettre une cloison étanche entre la notion de droit réel et celle de droit de créance ; ces deux sortes de droits ne diffèrent guère que par l'opinion que l'on s'en est faite ; en eux-mêmes, ils ne sont point de nature dissemblable ; Planiol a même démontré la nécessité d'assimiler le droit réel au

(9) TITULESCO, op. cit., p. 2. et 3.

droit personnel (10). Dans le droit réel, l'élément passif est toujours personnel : c'est toute la société tenue de l'obligation de ne pas troubler le titulaire de droit réel dans l'exercice de ses prérogatives. Le droit que l'on peut avoir sur une chose n'est qualifié de réel que parce qu'il impose à tous l'obligation de le respecter ; il s'analyse essentiellement en une « obligation passive universelle » (11).

Done, s'il y a identité d'essence entre le droit personnel et le droit réel, ce dernier comme le premier, pourra porter sur une chose future, à l'encontre de ce qu'on soutient ordinairement ; le droit réel n'étant qu'un droit personnel à multiples sujets, il est possible de lui appliquer la notion de droit éventuel et de rendre les choses futures l'objet d'un droit réel, puisqu'elles peuvent être l'objet d'une obligation d'après l'art. 1130. Il suffira pour qu'il y ait un tel droit qu'un public plus ou moins étendu soit tenu de le respecter ; ce droit réel ne peut être qu'éventuel, car l'objet manquant, il n'est point susceptible de dérouler actuellement toutes ses conséquences, d'être « mis en œuvre » ; le droit de suite, en particulier, ne se conçoit pas, mais dès maintenant le droit réel éventuel va créer un droit de préférence dans le groupe des créanciers du débiteur ; il ne va donc produire que des effets incomplets : c'est un « droit réel de force limitée ».

(10) PLANIOL, *op. cit.*, tome I, n^{os} 2.610 et s.

(11) DEMOGUE. *Notions fondamentales du droit privé*, p. 405 et s.

Ce sont toutes ces considérations que Demogue a résumées dans une phrase particulièrement importante : « Si le droit réel s'analyse en un droit personnel, rien ne nous empêche de dire que ce droit réel pourra porter sur une chose future, sur un bien à venir. En effet, il faut ici appliquer ce grand principe que les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. *Nous aboutissons donc à reconnaître qu'il peut y avoir un droit réel sans aucune chose existant actuellement sur laquelle il porte* » (12).

3^e LA QUESTION DE LA RETROACTIVITE

Demogue analyse d'abord le mécanisme de la rétroactivité dans la condition, et il constate qu'il n'y a à proprement parler, ni rétroactivité ni fiction dans la disposition de l'art. 1179 C. Civ.

D'après lui (13), quand une personne aliène sous condition, elle crée dès à présent un droit réel au profit de l'acquéreur ; mais ce droit réel, « né immédiatement », ne produira ses effets qu'à partir du jour où la condition s'est réalisée. Cela étant, que reste-t-il à l'aliénateur sous condition ? La « propriété temporaire » de la chose entre le moment de l'aliénation et celui de la réalisation de la condition, et, en plus, la « chance » de garder la propriété indéfiniment si la condition défaillit. En vertu de son droit de propriété temporaire, l'aliénateur sous condition peut encore vendre la chose ; mais il ne transférera au second acquéreur que ce qui lui reste de la pleine pro-

(12) DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1906, p. 263.

(13) Id., p. 249.

priété antérieure. Donc, celui qui acquiert la propriété temporaire de l'aliénateur sous condition, ne pourra opposer aucun droit et s'effacera complètement le jour où la condition se sera réalisée.

Ce qu'on appelle ordinairement rétroactivité de la condition est donc un « procès juridique d'une incontestable utilité » (14) et consistant à décomposer le droit de propriété de l'aliénateur sous condition : ce dernier transfère la portion de son droit afférente à l'époque postérieure de la réalisation de la condition ; il garde au contraire, pour lui-même, la propriété de la chose jusqu'à l'avènement de la condition, ainsi que la propriété pour le temps postérieur dans le cas où la condition défaillerait.

Demogue transpose ensuite cette analyse de la rétroactivité de la condition dans le domaine de l'éventualité, et il arrive à un système où le droit éventuel sera presque toujours rétroactif à sa naissance. Ce sera, par exemple, le cas de la promesse de vente, contrat soumis à l'éventualité du consentement de l'acheteur : « La promesse de vente, loin d'être seulement un contrat unilatéral, un contrat à moitié bâti, peut encore s'analyser en un contrat parfait soumis à une condition spéciale : un nouvel acte de volonté de la part de l'acheteur. Et alors, pourquoi refuser à la condition qui affecte ce contrat, l'effet rétroactif qu'on accorde à toutes les autres ? » (15).

De même en cas de droit éventuel quant à l'objet, de vente de chose future successivement à deux acheteurs :

(14) TITULESCO, op. cit., p. 318.

(15) TITULESCO, op. cit., p. 325-326.

« C'est l'acquéreur le plus ancien qui l'emportera, parce que, ayant le premier obtenu un droit réel sur la chose future, il doit être préféré à tous ceux qui ont obtenu postérieurement des droits analogues au sien » (16).

Demogue proclame certes le principe de la non-rétroactivité du droit éventuel : c'est la seule raison pratique de le distinguer du droit conditionnel ; mais aussitôt le principe est recouvert par les exceptions : « Nous aboutissons, en résumé, à établir en matière de droit éventuel le système suivant. Quand un droit éventuel se transforme en un droit pur et simple, ce n'est en principe qu'à partir de cette transformation qu'il produit ses effets. Cependant, soit qu'il s'agisse de promesse de contrat, de promesse de chose future ou de chose d'autrui, ou bien encore de contrat accessoire (contrat de mariage, contrat d'hypothèque) dans toute la mesure où cela est nécessaire pour donner force au droit à l'égard des tiers, le titulaire éventuel aura un droit prenant rang immédiatement, bien que ce droit ne soit ramené à exécution que plus tard » (17).

Paragr. II. — Critique de la théorie de Demogue

La théorie de Demogue a eu une utilité incontestable : celle de montrer qu'entre la simple expectative et le droit conditionnel, il y avait autre chose. On a soutenu parfois qu'il n'y avait aucun intérêt à essayer de dégager une

(16) TITULESCO, *op. cit.*, p. 340.

(17) DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1906, p. 281.

nouvelle catégorie juridique de droits. Cependant, nous croyons que Demogue a fait une « œuvre extrêmement utile et correspondant à de profondes réalités pratiques, en dégageant et en précisant la notion de droit éventuel » (18).

Mais cette théorie a le tort de n'être pas nette : le droit éventuel tend à se confondre avec le droit conditionnel, puisqu'il est doté de l'effet rétroactif dans la plupart des cas ; de plus cette théorie se révèle contradictoire, et c'est beaucoup plus grave : après avoir défini l'éventualité comme une modalité qui suspend la naissance du droit, Demogue est amené en analysant l'art. 1130 C. Civ. à considérer le droit éventuel comme un droit déjà né.

1° FAUSSE CONCEPTION DU DROIT EVENTUEL

Le droit éventuel, tel que Demogue nous le présente, est une notion qui laisse beaucoup à désirer, tant par la résistance qu'elle oppose à toute définition synthétique que par la conception du droit qu'elle révèle.

a) *Absence de définition synthétique*

Demogue n'est pas arrivé à réunir dans une telle définition les éléments du droit éventuel qui le caractérisent, qui le différencient du droit conditionnel et de la simple expectative. Il ne le pouvait pas, ces éléments étant parfois contradictoires ou inexacts ; il s'est donc borné à

(18) BOUZAT (Pierre). *De la nature juridique des droits du grevé et de l'appelé dans les substitutions permises*, thèse Paris, 1931, p. 52 (note).

proposer des critères de distinction du droit conditionnel et de l'expectative, en étant obligé de faire une nouvelle séparation entre les droits éventuels conventionnels et légaux. Il y a là un éparpillement qui nuit à l'unité, donc à la force, de la théorie.

Parmi les droits éventuels de source légale, il ne retient que ceux qui ont leur origine dans un délit ou quasi-délit, et il voit ici l'élément capital du droit dans une faute que Titulesco qualifie le manquement à une obligation pré-existante. Or la doctrine moderne n'admet pas en général cette définition de la faute, mise en vogue par Planiol, et d'autre part l'éventualité d'un dommage peut être indépendante de toute idée de faute à reprocher à son auteur : c'est le cas des présomptions de responsabilité si nombreuses à l'heure actuelle.

Enfin ce critère se trouve évidemment en défaut lorsqu'on envisage les droits éventuels résultant des successions. Demogue s'en désintéresse, car il les considère sans importance pratique : « Il y a encore d'autres cas où il y a des droits éventuels, mais où ceux-ci apparaissent comme si faibles, qu'on ne donne pour ainsi dire aucun avantage pratique à ceux qui les possèdent. C'est ce qui arrive lorsque le droit éventuel est un droit de succession, même celui d'un héritier réservataire » (19).

Titulesco accentue cette position, et estimant que ces droits sont sans intérêt étant donnée la prohibition des pactes sur successions futures, il écrit froidement : « Pour plus de simplicité, disons ici qu'il n'y a pas de droits

(19) DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1906, p. 238.

éventuels résultant des successions » (20). C'est assurément très simple, mais la véritable raison, c'est qu'aucune définition satisfaisante n'avait été trouvée pouvant englober ces diverses variétés de droits éventuels ; car les droits provenant des successions présentent au contraire un intérêt pratique considérable avec les dérogations admises à la prohibition des pactes sur successions futures : institution contractuelle, substitutions permises.

b) *Conception inexacte de la notion de droit*

Demogue part d'une fausse conception de la notion de droit : pour lui, un droit est un intérêt juridiquement protégé. Or que dit-il ? « Il nous semble qu'il est impossible en principe de refuser au créancier éventuel la faculté d'accomplir des actes conservatoires. Car du moment qu'une personne a un certain droit, fût-il éventuel, il doit lui être permis de faire les actes nécessaires pour l'empêcher de dé périr. Car autant vaudrait dire que l'on n'a pas de droit du tout » (21).

Demogue accorde donc au droit éventuel la protection de l'art. 1180 C. Civ. qui n'est écrit que pour les droits conditionnels, parce que ce serait un droit, et il dit ensuite que c'est un droit parce qu'il est protégé ; il y a là une véritable pétition de principe. Avant de lui accorder cette protection, il s'agit de savoir si c'est un droit.

Pour nous, le problème se pose sur un autre terrain. La doctrine a fait du terme « droit » un abus certain, sans

(20) TITULESCO, op. cit., p. 16.

(21) DEMOGUE. *Rev. trim.*, 1906, p. 282.

chercher à le définir : « Le droit est une expression qui jouit depuis cent cinquante ans d'un sort enviable : elle fait à tel point partie de notre vocabulaire juridique ou politique moderne que nous ne sommes plus guère en état d'apprécier exactement et loyalement ce que dissimule dans la réalité ce mot » (22). M. Nerson cherche alors à apprécier le contenu de ce terme : « Un droit existe dès qu'un conflit peut opposer un tiers au titulaire d'un pouvoir : il y a une sorte de corrélation entre l'idée de droit et celle de devoir : nous estimons pouvoir parler de droit dès qu'il est possible de concevoir une résistance éventuelle d'un tiers à l'exercice d'un pouvoir défini, et non seulement au moment de l'opposition effective du tiers » (23). Cette conception du droit nous paraît la plus exacte de celles qui ont été émises jusqu'à présent : Minei l'avait déjà proposée, mais sous une forme peut-être moins parfaite : « Il nous semble que le droit est un pouvoir que la société reconnaît à l'individu ; nous ne disons ni un pouvoir de volonté, parce que la volonté peut faire défaut au titulaire du droit ; nous ne disons pas non plus pouvoir en vue de protéger un intérêt de l'individu, parce que celui-ci peut n'avoir aucun intérêt à l'exercer. La volonté et l'intérêt n'apparaissent que lorsque le titulaire du droit l'invoque contre un tiers quelconque » (24).

(22) NERSON (Roger). *Les droits extrapatrimoniaux*, thèse Lyon, 1939, p. 330.

(23) NERSON (Roger), *op. cit.*, p. 333.

(24) MINEI (Basile). *Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance*, thèse Paris, 1912, p. 218.

Or en matière de droit éventuel, non seulement aucun conflit ne peut opposer un tiers au titulaire d'un pouvoir, mais il n'y a même encore actuellement aucun pouvoir relativement à la chose envisagée ou à l'égard d'une personne (si le droit éventuel a pour objet une créance), puisque le droit n'est pas encore formé et que le titulaire n'en est pas encore définitivement fixé comme dans le droit conditionnel, puisqu'en un mot le droit peut se former sur un titulaire autre que le titulaire éventuel actuellement en vue.

On ne peut même concevoir aucune résistance éventuelle d'un tiers à l'exercice d'un pouvoir défini, sur la base de la situation actuelle, comme on le concevrait dans le droit conditionnel, droit complètement formé, mais dont seule l'exécution, la mise en œuvre, est indéterminée, pour le cas où la condition se réaliserait. Par conséquent du moment qu'il n'y a aucun droit, on ne saurait accorder à cette situation la protection de l'art. 1180 C. Civ. ; on ne saurait de même lui accorder la rétroactivité, conforme à la nature des choses dans le droit conditionnel, mais qui serait ici une fiction, fiction que le législateur n'a d'ailleurs nullement établie.

2^o CRITIQUE DE LA NOTION DE DROIT REEL EVENTUEL

Nous ne croyons pas exacte la conception personnaliste du droit réel, de laquelle découle la notion de droit réel éventuel. Dans leur ensemble, doctrine et jurisprudence ne l'ont point acceptée, et s'en tiennent encore « aux vieilles notions romaines dont la durée est une sérieuse garan-

tie de solidité » (25). Fréjaville remarque alors fort justement que « la doctrine nouvelle de M. Demogue a l'inconvénient manifeste de ne considérer le droit réel que sous son aspect négatif, et de négliger son aspect positif qui se traduit par un pouvoir de droit constant et absolu du propriétaire sur sa chose » (26). L'obligation passive universelle n'existe même qu'en raison de ce pouvoir ; ce n'est que parce qu'il existe un « jus in re », un droit portant directement sur la chose qu'il y a pour autrui l'obligation de le respecter. Cette obligation passive universelle n'apparaît que comme la conséquence de l'antique notion du droit réel, non comme l'expression d'un principe contraire. Il nous paraît donc impossible d'en tirer des déductions différentes.

La doctrine proposée n'est que l'expression de cette idée générale que l'on doit respecter les droits d'autrui ; elle ne saurait dispenser de définir le contenu positif de ces droits. Nous ne croyons pas, en particulier, qu'un droit réel puisse être éventuel si ce n'est quant à son existence, qu'il puisse porter sur une chose future. Un droit réel suppose un pouvoir actuel sur la chose, « une perpétuelle possibilité de mise en œuvre » (27). Il n'existe pas lorsqu'il n'a pas d'objet, ou lorsque sa mise en œuvre rencontre un obstacle actuel. Il n'y a aucune raison en particulier d'accorder un droit de préférence au premier acheteur d'une chose future à l'encontre d'un second ache-

(25) FREJAVILLE (Marcel). *Des meubles par anticipation*, thèse Paris, 1927, p. 176.

(26) FREJAVILLE (Marcel), op. cit., p. 176.

(27) FREJAVILLE (Marcel), op. cit., p. 176.

teur. Tant que la chose n'existe pas, ni l'un ni l'autre ne peuvent avoir de pouvoir sur elle, et par conséquent pas de droit réel. Ce droit, ce pouvoir, n'apparaissent qu'avec la chose elle-même, c'est-à-dire en même temps. Aucune cause légitime de préférence ne saurait donc exister.

Toutefois comme la théorie de Demogue sur le droit éventuel n'est pas claire, et que tantôt il considère le droit éventuel suspendu dans sa naissance, tantôt il lui donne une existence propre, il faut se placer dans les deux hypothèses pour examiner la notion de droit réel éventuel.

a) Si l'on donne au droit éventuel une existence propre, la notion est alors à écarter. C'est, semble-t-il, la position de Demogue lorsqu'il dit qu'il peut y avoir un droit réel sans aucune chose existant actuellement sur laquelle il porte » (28). On aboutit donc à admettre un droit réel actuel sur des choses futures, « phénomène juridique radicalement impossible, parce que contraire à l'essence même du droit réel » (29).

b) Si l'on admet que le droit éventuel n'a pas d'existence propre, on peut alors parler de droits réels éventuels. Roguin nous indique que l'attribution actuelle à une personne d'un droit réel futur sur une chose future est un « phénomène juridique, une figure de droit, parfaitement possible » (30).

(28) DEMOGUE. *Rev. trim.*, 1906, p. 263.

(29) ROGUIN (Ernest). *La science juridique pure*, Paris et Lausanne, 1923, tome I^{er}, p. 421.

(30) ROGUIN (Ernest), *op. cit.*, p. 421.

Mais la notion de droit réel éventuel se confond désormais avec celle de droit de créance : il s'agit d'une situation juridique personnelle, indépendante du droit réel qu'elle tend à créer, cette situation que les auteurs allemands appellent « *anwartschaft* », et que nous retrouverons au cours de cette étude. Dans une subtile analyse, Minéi avait entrevu ce résultat auquel on est forcé d'aboutir : « On a écrit que le droit réel est acquis, tandis que le droit du créancier est une simple espérance, un acheminement vers le droit réel. En réalité, le droit de créance est aussi acquis ; ce qui ne l'est pas, c'est la chose due, et elle peut ne jamais l'être. Ce qu'on veut dire, en établissant cette différence, c'est que le propriétaire a déjà un droit réel, tandis que le créancier aura peut-être un droit réel, plus tard. On exagère cette idée, en faisant du droit de créance un droit réel éventuel » (31).

Si tout droit de créance n'est pas un droit réel éventuel, on peut affirmer par contre à l'inverse que tout droit réel éventuel s'analyse en un droit de créance actuel, en une situation juridique personnelle tendant à ce droit réel qui n'est pas encore né, et qui peut ne jamais naître.

Ce n'est certainement pas la position de Demogue qui n'a pas vu cette conclusion logique, car c'est au contraire à propos de sa théorie du droit réel éventuel qu'il exagère la portée de l'art. 1130 C. Civ., au point de faire du droit éventuel quant à l'objet un droit déjà né.

(31) MINEI (Basile), *op. cit.*, p. 365.

3° CRITIQUE DE LA THEORIE DE DEMOGUE

SUR LA RETROACTIVITE

Nous avons vu que Demogue analyse la rétroactivité de la condition par la notion de propriété temporaire : quand une personne aliène sous condition, elle ne conserve que la propriété temporaire de la chose jusqu'à l'avènement de la condition, et l'acquéreur obtient un droit réel, qui, né immédiatement, ne produira ses effets qu'au jour où la condition se réalisera. Puis Demogue transpose telle quelle dans le domaine de l'éventualité cette analyse qui rend ainsi le droit éventuel rétroactif dans la plupart des cas pratiques. Il le fait d'ailleurs ouvertement en critiquant la conception d'après laquelle la rétroactivité n'étant qu'« une conséquence de la perfection du contrat, il n'en saurait être question quand il s'agit d'un acte encore imparfait, d'un acte auquel il manque ses éléments essentiels » (32).

Nous constaterons d'abord, avec Leduc, que « cette théorie repose sur une quasi-assimilation des droits éventuels aux droits conditionnels » (33). Mais, en théorie, que doit-on penser de cette analyse de la rétroactivité ?

Elle nous paraît tout à fait judicieuse en ce qui concerne le droit conditionnel. On trouve dans la doctrine allemande une théorie semblable ; mais comme elle considère que le droit conditionnel ne naît qu'à l'arrivée de la

(32) DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1906, p. 242.

(33) LEDUC (Etienne). *Des avant-contrats*, thèse Paris, 1909, p. 123.

condition, qu'il s'agit donc d'un droit futur, elle indique que la disposition sous condition suspensive ne crée au profit de l'acquéreur qu'un droit futur et en plus une situation juridique personnelle tendant à l'acquisition de ce droit futur et qu'elle qualifie d'«*anwartschaft*», notion que nous aurons bientôt l'occasion d'approfondir.

En droit pur, nous critiquons cette théorie du droit conditionnel qui en fait un droit futur ; mais, en pratique, nous y trouvons la clef du problème, la retouche indispensable qu'aurait dû faire subir Demogue à la théorie avant de la transposer dans le domaine de l'éventualité. Pourquoi le droit conditionnel est-il né immédiatement, bien que ses effets soient suspendus ? C'est qu'il trouve dès à présent un point d'attache. Pourquoi ne peut-on pas transposer telle quelle cette théorie au droit éventuel ? parce que ce droit ne peut exister actuellement, ne trouvant aucun point d'attache, que l'aliénateur d'une chose future ne peut conserver la propriété temporaire de cette chose, ne l'ayant pas encore dans son patrimoine, qu'il ne peut en un mot y avoir aucun transfert actuel, mais une simple possibilité de transfert, une situation juridique personnelle relative à ce transfert, une «*anwartschaft*», disent les auteurs allemands.

C'est pour n'avoir pas vu cette différence, pour avoir exagéré la portée de l'art. 1130 C. Civ. en admettant le transfert actuel d'une chose future, que Demogue a été amené, après les avoir distingués, à confondre entièrement dans leurs effets le droit éventuel et le droit conditionnel ; cela résulte également du fait que Demogue,

exagérant la portée de l'art. 1130, a été amené à voir dans le droit éventuel un droit né immédiatement, et non un droit futur.

Par contre, il a très bien déterminé la nature du droit conditionnel : droit né immédiatement, qui ne produira ses effets qu'à partir du jour où la condition s'est réalisée. Le droit est né, seulement momentanément privé de ses effets ; mais le seul fait que ces effets peuvent se produire, qu'éventuellement un conflit peut opposer un tiers au titulaire de ce pouvoir, justifie la qualification de droit qu'on attribue à ce pouvoir. *C'est donc par un abus de langage qu'on dit que le droit est conditionnel : c'est un droit à effets conditionnels ; de même un droit à terme est un droit à effets à terme. Il y a là une abréviation, une ellipse susceptible de créer des confusions ; car on est tenté de dire de même qu'un droit futur est un droit à effets futurs, alors qu'il n'y a pas de droit du tout, et qu'en l'espèce il n'y a aucune ellipse.*

Le droit à terme est déjà né, mais ses effets ne sont pas encore échus ; le droit conditionnel est déjà né, mais son effet est en suspens, et il ne dépend pas des parties de le faire arriver : l'événement mis comme condition ne tranche que la question de savoir si le droit fondé lors de l'opération juridique était bien efficace depuis ce moment ; les parties n'ont voulu donner à leur contrat qu'un effet limité en créant un droit conditionnel. Le droit éventuel ou futur est tout autre ; Demogue s'en est bien rendu compte, sans toutefois en avoir tiré les conséquences logiques : toute sa théorie est hésitante, il n'a pas nettement pris position.

SECTION II. — LES THEORIES POSTERIEURES

Depuis Demogue, on s'est habitué à voir dans le droit éventuel une notion acquise du droit civil ; les auteurs ont cru pouvoir construire sur une base solide et cette erreur a eu de profondes répercussions sur l'aspect général de la doctrine et de la jurisprudence. En réalité chez Demogue, on ne trouve pas une théorie du droit éventuel, mais des théories de ce droit ; il a plusieurs fois changé de conceptions au cours de son œuvre qui présente ainsi un caractère contradictoire. C'est ce qui explique le véritable affolement de la doctrine qui a suivi, ainsi que l'imprécision de la jurisprudence qui n'a pas pu se fixer, en présence de cette doctrine mouvante. C'est à travers une sorte de chaos juridique que nous parvient la notion de droit éventuel : les uns veulent l'éliminer en la ramenant à celle du droit conditionnel, les autres au contraire veulent l'hypertrophier en voyant dans le droit conditionnel un véritable droit éventuel. Ce sont là deux courants doctrinaux opposés, entre lesquels a failli sombrer la notion même de droit éventuel ; elle a été reprise d'une façon originale par les théoriciens de l'avant-contrat, ce qui peut être le point de départ de quelques progrès dans la matière.

Paragr. I. — Théorie qui ramène le droit éventuel au droit conditionnel

Cette théorie a la prétention de rétablir le « statu quo ante » ; elle n'a pas compris que l'œuvre de Demogue était

la traduction dans le domaine juridique d'une poussée économique formidable, et qu'il était vain de vouloir s'en abstraire.

1° EXPOSE DE LA THEORIE

Elle veut réintégrer le droit éventuel parmi les droits conditionnels : « Les droits éventuels, tels que les entend M. Demogue, se confondent pour nous avec la classe des droits conditionnels » (34). Bernard est effrayé par la longue liste de droits éventuels que nous présente Demogue sous différentes rubriques : droits éventuels quant au consentement, droits éventuels quant à l'objet, droits éventuels quant à la capacité, etc., et il se demande avec inquiétude quelle sera la part laissée désormais aux droits conditionnels : « Après une lecture de l'article de M. Demogue, il est une réflexion un peu déconcertante que l'on ne doit pas manquer de faire. On a vu, groupés sous différents titres, défiler à peu près tous les droits importants sur lesquels plane une incertitude ; il est alors permis de se demander quelle sera la part laissée aux droits conditionnels, et si, désormais, on n'a pas tout simplement fait passer, sous la dénomination de droits éventuels ce qui s'appelait couramment droit conditionnel » (35).

Bernard a peur que, si l'on admet la théorie de Demogue, le domaine des droits conditionnels ne se borne à

(34) BERNARD (Louis). *L'acte conditionnel envisagé dans ses effets rétroactifs*, thèse Aix, 1909, p. 29.

(35) BERNARD, op. cit., p. 26.

quelques vieilleries que peu de gens introduiront désormais dans les contrats : « Si je ne marie pas — si je vais habiter Paris — ou si le navire revient d'Asie » (35) ; et il conclut fort logiquement : « Autant dire, ce nous semble, que les droits conditionnels ont cessé d'exister, et que ceux qui pourraient passer encore pour conditionnels s'appelleront, désormais, droits éventuels » (35).

Après avoir ainsi déploré le sort malheureux réservé au droit conditionnel par la notion rapace de droit éventuel, il cherche la raison qui a pu pousser Demogue à cette fusion inconsciente entre les deux sortes de droits, alors qu'il se proposait, au contraire, de montrer les différences qui les séparaient : il s' imagine que Demogue avait en vue de saper par la base la notion de rétroactivité : « Se heurter de front à l'effet rétroactif de la condition, cela peut paraître hardi, lorsque les textes l'admettent d'une façon formelle, tandis qu'en changeant la dénomination, on finira par l'oublier lentement » (36).

Bernard s'insurge contre un tel machiavélisme qu'il a cru découvrir, et il veut rétablir les choses à leur place. Tous les droits éventuels conventionnels doivent être purement et simplement qualifiés de droits conditionnels : « Pourquoi ne pas maintenir la dénomination de droits conditionnels, alors qu'on a l'habitude d'employer dans le langage juridique plus souvent ce terme que celui de droits éventuels ? » (37).

(36) BERNARD, *op. cit.*, p. 26-27.

(37) BERNARD, *op. cit.*, p. 29.

Pour lui, le domaine des droits éventuels se réduit à la catégorie des droits éventuels légaux, qui naissent « ex lege » ; il prétend alors que « de cette phase du droit, M. Demogue ne prend pas la peine de s'occuper, la considérant comme sans valeur juridique » (38). Il réserve la dénomination de conditionnels à « tous les droits en germe, en période de formation, garantis déjà, en partie, par la responsabilité assumée par celui qui a fait une déclaration de volonté, qui a manifesté une activité juridique, en un mot à tous les droits ayant une origine contractuelle » (38).

Que faut-il désormais entendre par droit éventuel ? C'est bien simple : « Le droit éventuel est quelque chose de vague qui ne figure pas encore dans notre patrimoine : c'est une expectative » (39). Par conséquent, entre l'expectative et le droit conditionnel, il n'y a rien ; il insiste même : « Pourquoi vouloir attacher une idée de stabilité et de fixité à ce terme d'éventuel qui n'éveille à notre esprit qu'une idée de vague et d'imprécision, en classant dans la catégorie des droits éventuels certains droits conditionnels ? » (38). La notion de droit éventuel se confond avec celle d'expectative ; c'est le résultat auquel il aboutit.

2° CRITIQUE DE CETTE THEORIE

Cette théorie représente une œuvre de destruction complète de la notion de droit éventuel, et comme il est plus

(38) BERNARD, *op. cit.*, p. 35.

aisé de détruire que de construire, on est tenté de la juger très sévèrement. Bernard nous dit dans un geste qui semble vouloir être large : « Quant à cette période d'expectative, d'attente, venant d'une disposition légale, nous ne faisons aucune difficulté à ce qu'on la classe sous la dénomination de droits éventuels » (38). Quelle condescendance ! mais la moindre définition aurait bien mieux fait notre affaire : est-ce que droit éventuel et expectative sont désormais synonymes ? que faut-il entendre par expectative : est-ce le néant juridique ? Bernard laisse planer sur toutes ces notions une prudente incertitude.

D'autre part Bernard a l'impression que la théorie de Demogue est dirigée contre la notion de rétroactivité : n'a-t-il donc pas étudié cette théorie ? Demogue a une tendance au contraire à mettre partout de la rétroactivité, et c'est même ce que nous lui reprochons.

En un mot, le langage de Bernard ne s'explique que par la timidité de Demogue qui n'a pas su imposer silence à ses adversaires en allant jusqu'au bout de sa théorie par une ligne de démarcation nette entre le droit éventuel et le droit conditionnel.

**Paragr. II. — Théorie qui ramène le droit conditionnel
au droit éventuel**

Cette théorie donne pour le droit conditionnel la définition admise par Demogue pour le droit éventuel : il y a fusion de la notion de condition dans celle d'éventualité.

(39) BERNARD, op. cit., p. 15.

Mais les auteurs qui adoptent cette théorie ne savent plus comment expliquer l'effet rétroactif de la condition : c'est là un écueil qu'ils n'ont pu éviter.

1^o EXPOSE DE LA THEORIE

Elle a été soutenue primitivement par Leloutre, puis reprise par Eygout et Filderman. Son point de départ est en réaction contre la notion classique de condition : « Toute idée de modalité en sera rigoureusement proscrite. Quand elle est suspensive, la condition n'est pas autre chose, dans un acte ou un fait juridique que l'absence d'un élément essentiel susceptible de naître » (40). On est habitué à voir dans la condition une modalité, c'est-à-dire la manière d'être d'un acte juridique. Cette modalité aurait pour effet de faire dépendre l'existence de l'acte de l'arrivée d'un événement futur et incertain. Or, d'après Leloutre, cette définition renferme deux idées contradictoires : 1) La condition est une manière d'être de l'acte. Donc, l'acte existe ; car avant que d'être d'une certaine façon, il faut être. 2) La condition fait dépendre l'existence de l'acte de l'arrivée d'un événement futur et incertain. Donc, l'acte n'existe pas encore, puisque son existence dépend d'un événement à venir.

Eygout et Filderman ont repris pour leur compte ces considérations : « La Doctrine et la Jurisprudence se prononcent, d'une façon générale, dans le sens de l'existence

(40) LELOUTRE (Amédée). *De la non-rétroactivité de la condition dans l'acte et le fait juridique*, thèse Caen, 1904, p. 44-45.

du droit conditionnel dès avant l'avènement de la condition. Elles considèrent, en effet, la condition comme une modalité de l'obligation, ce qui suppose que le lien de droit existe déjà, qu'il est déjà pourvu de ses éléments essentiels et que la condition porte uniquement sur des éléments accessoires de l'obligation » (41). Eygout repousse cette conception ; pour lui, la condition ne porte pas que sur les éléments accessoires du contrat : « Elle nous paraît, au contraire, n'affecter que les éléments essentiels du contrat » (42) ; c'est le consentement même du contractant qui est affecté de la condition. Par conséquent : « Le droit conditionnel qui résulte du contrat n'existe pas encore *pendente conditione* ; c'est à tort qu'on dit qu'il existe sous condition ; quelque chose qui n'existe que sous condition suspensive est quelque chose qui existera peut-être, mais qui, pour le moment, n'existe pas » (43). Et il conclut : « En résumé, la condition n'est pas une modalité de l'obligation, une manière d'être de celle-ci ; c'est un phénomène juridique par l'effet duquel l'existence de l'obligation, quand elle est suspensive, ou son anéantissement quand elle est résolutoire, est rendu futur et incertain » (44).

Filderman¹ toutefois ne va pas si loin, et adopte une position mixte : « La condition est une modalité du consentement qui n'influe pas sur la formation de l'obliga-

(41) EYGOUT (Henri). *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, thèse Paris, 1922, p. 15.

(42) EYGOUT (Henri), op. cit., p. 16.

(43) EYGOUT (Henri), op. cit., p. 18.

(44) EYGOUT (Henri), op. cit., p. 21.

tion ; ce n'est pas un de ses éléments constitutifs. Par contre elle n'est pas purement accessoire à l'obligation car elle est nécessaire à sa validité et lui est rattachée par un lien très étroit » (45). Et il conclut logiquement : « On peut dire que les contrats conditionnels et éventuels se forment de la même manière » (46).

On conçoit, dans ce cas, qu'un essai de synthèse entre l'éventualité et la condition est des plus aisés. Filderman l'entreprend : pour lui, « il n'y a aucune différence spécifique entre les deux situations, qui sont, ainsi que nous l'avons vu, assez difficiles à distinguer dans certaines de leurs applications pratiques » (47).

Après avoir ainsi assimilé dans sa structure juridique la condition à l'éventualité, on peut se demander pourquoi ces auteurs éprouvent encore le besoin de chercher un critérium de distinction. C'est pourtant ce qu'ils font. Pour Eygout, ce critère est le suivant : « La subordination du droit à l'événement futur et incertain est-elle l'œuvre de la volonté arbitraire et libre des parties, il y a condition. Est-elle, au contraire, l'effet d'une disposition de la loi ou d'une nécessité matérielle, le droit est éventuel » (48). Filderman, sous une forme différente, reprend à peu près la même idée : « L'acte conditionnel dépend d'un fait déterminé et voulu par les parties, qui ne sont pas maîtresses de le faire arriver ou défaillir ; l'acte éventuel,

(45) FILDERMAN (R.). *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, thèse Paris, 1935, p. 23.

(46) FILDERMAN (R.), op. cit., p. 120.

(47) FILDERMAN, op. cit., p. 121.

(48) EYGOUT, op. cit., p. 80.

au contraire, dépend de circonstances qui mettent l'une des parties à la discrétion de l'autre ou font dépendre son droit de la loi » (47) ; et il conclut : « La différence consiste uniquement dans la force du lien obligatoire » (47).

2^o CRITIQUE DE CETTE THEORIE

Pour nous, le droit éventuel doit être aussi irréductible au droit conditionnel, que ce dernier au droit éventuel. Ces deux notions ont chacune leur utilité pratique, leur sphère d'application propre qui correspond à une structure juridique différente. En elle-même, cette théorie du droit conditionnel est parfaitement soutenable : c'est la position prise depuis longtemps par les auteurs allemands. Mais pourquoi alors vouloir à toute force distinguer ce que l'on commence par confondre, pourquoi mener de front l'analyse de deux situations entre lesquelles on prétend qu'il n'y a aucune différence spécifique ? C'est une source de contradictions tout à fait regrettables pour la bonne harmonie d'une théorie juridique.

En refusant à la condition le caractère de modalité, en la définissant un simple phénomène juridique, on est conduit tout naturellement à dénier au droit conditionnel toute existence *pendente conditione*. Telle est l'attitude d'Eygout, telle semble bien être celle de Filderman ; elle est en tout cas logique. Mais alors on peut s'étonner de voir donner pour l'éventualité une définition de ce genre : « Modalité qui fait dépendre un droit d'un événement fu-

tur essentiel à son existence » (49), et pour le droit éventuel : « Droit *né actuellement* de tout acte juridique incomplet mais possédant déjà un élément capital : la volonté employée d'une manière autorisée par la loi » (50).

On ne sait plus que penser : après la théorie de Demogue, on croyait le droit éventuel moins élevé dans l'échelle hiérarchique des droits que le droit conditionnel, et il se trouve ici que c'est l'inverse. C'est le droit éventuel qui devient le droit conditionnel déjà né, et le droit conditionnel qui devient le droit éventuel suspendu dans son existence. C'est mettre, on l'avouera, l'intelligence des juristes à rude épreuve. *Les deux notions qu'on croyait confondues, se retrouvent, mais à la place l'une de l'autre* : c'est un résultat à peu près unique dans les annales juridiques, et qui prouve l'état de véritable chaos où peut amener un faux départ ; la théorie de Demogue n'était pas apte à servir de base aux constructions ultérieures, sans être-elle-même complètement révisée.

Enfin nous reprochons aux auteurs qui adoptent cette théorie du droit conditionnel, d'être absolument incapables d'expliquer l'effet rétroactif de la condition d'une façon satisfaisante.

D'après Eygout, cet effet « apparaît comme un correctif nécessaire à la notion du droit conditionnel, en vertu de laquelle il n'y a provisoirement aucun droit proprement dit au profit du créancier ou du propriétaire sous condi-

(49) FILDERMAN, op. cit., p. 27.

(50) FILDERMAN, op. cit., p. 44.

tion suspensive » (51) ; il nous explique que cet effet est « conforme à la volonté des parties, c'est-à-dire à l'idée de préservation du droit à naître du contrat » (52).

Mais à juste titre, Filderman rejette ce système de la volonté présumée des parties ; c'est en réalité une règle légale impérative à laquelle on ne peut déroger. De plus il n'y a aucune raison alors de limiter cette faculté aux contrats conditionnels ; il faudrait aussi bien l'admettre pour les contrats éventuels.

Seulement comment alors justifier la rétroactivité de la condition ? on ne peut désormais la considérer que comme une fiction du législateur. Filderman critique également ce système de la fiction légale qu'il nous dit devoir « être abandonné comme dangereux, faux et inutile » (53). Toutefois, après une critique aussi violente, il se voit contraint d'y revenir : « Le texte du code (art. 1179) est en réalité une fiction ; mais ce n'est pas la fiction nocive et inutile qu'on y voit généralement » (54). Le résultat est évidemment assez bizarre, mais il témoigne d'une véritable détresse.

Il eût été bien plus simple et plus logique de supprimer purement et simplement cet effet rétroactif, comme le faisait Leloutre : « La non-rétroactivité est seule possible ici » (55). Mais c'est assurément faire bon marché des dispositions de la loi, et c'est enlever le dernier, le seul

(51) EYGOUT, op. cit., p. 296.

(52) EYGOUT, op. cit., p. 295.

(53) FILDERMAN, op. cit., p. 161.

(55) LELOUTRE, op. cit., p. 20.

intérêt pratique à vouloir distinguer envers et contre tout le droit éventuel du droit conditionnel ainsi compris. C'est pourquoi les auteurs se sont en général accrochés à cet effet rétroactif, malgré l'embarras où il les mettait.

Paragr. III. — Théorie de l'avant-contrat

Cette théorie n'est pas à proprement parler une théorie particulière du droit éventuel, mais elle est amenée à une analyse de ce dernier dont elle envisage un aspect spécial : droit éventuel par absence de consentement.

1^o EXPOSE DE LA THEORIE

Elle part de la conception classique de la condition, d'après laquelle celle-ci « ne peut se comprendre que comme quelque chose d'externe à l'obligation, fonctionnant comme le coup de pouce qui mettra en action les rouages déjà ajustés du contrat » (56). Elle rejette toute assimilation entre le droit résultant d'un avant-contrat et un droit conditionnel. Elle estime en effet que le créancier sous condition suspensive « n'a pas encore de droit ; il en acquerra un si la condition se réalise » (57). Au contraire le créancier de l'avant-contrat a un droit ; « L'avant-contrat ne produit qu'un droit de créance de nature spéciale et inférieure ; il donne seulement le droit d'acquiescer postérieurement par déclaration unilatérale un droit de créance ordinaire. C'est sous le nom de droits éventuels

(56) LEDUC, op. cit., p. 32.

(57) LEDUC, op. cit., p. 31.

qu'on désigne habituellement ces droits intermédiaires entre la simple espérance sans effets juridiques et le droit conditionnel à effet rétroactif après sa réalisation » (58) Leduc ajoute : « Le droit éventuel, quoique distinct du droit personnel ordinaire, participe du reste de la nature mobilière de celui-ci » (59). Donc ce droit qui a son origine dans l'avant-contrat est distinct du droit personnel ordinaire à naître du contrat principal auquel il tend : il n'a pas le même objet ; c'est cette situation que les auteurs allemands qualifient du nom d'« anwartschaft », ainsi que nous le verrons bientôt.

Mais, — et là était la difficulté, — ce que cette théorie a fort bien vu, c'est qu'entre l'avant-contrat et le contrat principal, il n'y a pas une différence de nature, mais de degré tout au plus. Sabatier qui a repris la thèse de Leduc, dit très justement : « La promesse de contrat est une étape dans la formation du contrat ; c'est un stade avancé de l'évolution des volontés qui tendent à se lier c'est un acte préparatoire à la conclusion du contrat futur » (60).

Qu'est-ce à dire, sinon que l'avant-contrat et le contrat principal ne forment qu'un, seulement à des stades différents ?

(58) LEDUC, op. cit., p. 41.

(59) LEDUC, op. cit., p. 42.

(60) SABATIER (Pierre), *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, thèse Montpellier, 1936, p. 51.

2° CRITIQUE DE CETTE THEORIE

Nous remarquerons d'abord qu'elle n'est pas neuve en droit français. Elle a déjà été appliquée au droit conditionnel par Leloutre qui le définissait comme un droit éventuel non encore né, qui le ramenait à un droit futur, ainsi que le fait encore actuellement la doctrine allemande : « Comment expliquer l'existence du droit du créancier conditionnel ? Il y a en réalité deux actes bien distincts. Un acte à venir qui n'existe pas encore, qui n'existera peut-être jamais, qui n'a produit aucun droit, ou qui, si l'on préfère, n'a produit que des droits éventuels en tout pareils à ceux qui sont appelés peut-être à sortir d'un fait juridique conditionnel, et qui mériteraient bien mieux le nom d'espérances que celui de droits, car en réalité ils n'en sont point. Et d'autre part, un acte pur et simple déjà existant qui engendre au profit du créancier un véritable droit sur le consentement du débiteur » (61).

Cette analyse du droit futur aurait dû être à la base de toute théorie du droit éventuel. C'est pour n'en avoir pas remarqué l'importance que Demogue a orienté pendant de nombreuses années la doctrine française sur une voie sans issue. La théorie de l'avant-contrat a donc le mérite d'avoir mis en lumière une analyse du droit éventuel qui risquait de demeurer complètement étouffée. Elle marque par conséquent un progrès sensible dans la matière ; mais nous lui reprochons de n'avoir pas été jusqu'au bout, de

(61) LELOUTRE, *op. cit.*, p. 38 (note).

s'être arrêtée en chemin, ce qui crée une impression de malaise, de confusion. Ce que Leduc appelle éventuel est en réalité un droit pur et simple, ce qui risque de provoquer une confusion dans l'esprit du lecteur.

C'est en effet le droit qui doit naître du contrat principal, que la doctrine appelle communément droit éventuel. En général, par un abus que nous avons signalé, les auteurs estiment que ce droit existe déjà. Aussi Leduc et Sabatier qui ont repris cette définition du droit éventuel : « Droit né à la suite d'un acte juridique incomplet » (62), ont-ils fort bien vu l'invéraisemblance d'une telle théorie en elle-même contradictoire, et ils ont cherché à appliquer cette définition du droit éventuel au droit pur et simple né de l'avant-contrat ; mais alors pourquoi lui conserver la qualification d'éventuel ?

En un mot, Leduc qualifie d'éventuel ce droit actuel né de l'avant-contrat, sans d'ailleurs nous dire comment il envisage le droit distinct à naître du contrat principal, droit appelé éventuel par la majorité de la doctrine.

Après cette thèse, on en est réduit à se demander quelle est la situation juridique qu'il faut considérer comme éventuelle : le droit né de l'avant-contrat, le droit à naître du contrat principal, ou bien l'ensemble de la situation juridique comprenant l'avant-contrat et le contrat principal ?

(62) SABATIER, *op. cit.*, p. 96.

CHAPITRE II

Le droit futur et ses caractéristiques

Nous avons examiné les différentes tendances de la doctrine française et nous avons vu qu'aucune théorie ne peut nous satisfaire : les auteurs ne semblent pas avoir encore trouvé la clef du problème.

En présence de cette déficience, nous nous sommes tournés du côté d'une doctrine étrangère, la doctrine allemande, et nous avons pu constater que, si la discussion était aussi vive entre les auteurs au sujet de la véritable nature de ces situations juridiques futures, du moins une notion capitale a-t-elle été mise en lumière, qui éclaire singulièrement le problème, qui nous semble même en donner la solution, notion qu'ont en vain recherchée les auteurs français, qu'ils ont souvent entrevue, mais qui leur a toujours échappé au moment où ils allaient la saisir : la notion d'anwartschaft.

SECTION I.

LA NOTION D'ANWARTSCHAFT DU DROIT ALLEMAND

Après avoir déterminé la nature de l'anwartschaft, nous verrons quelle application on peut en faire au droit français ; mais auparavant il sera indispensable d'en étudier le champ d'application en droit allemand.

Paragr. I. — Nature de l'anwartschaft

Nous conservons ce terme tudesque tel quel, car il est impossible d'en rendre l'équivalent en français ; toute traduction, telle que : expectative ou attente, ou encore perspective, serait défectueuse et risquerait de fausser les idées, en créant une confusion avec des notions distinctes quoique voisines.

D'ailleurs la doctrine allemande n'a elle-même pas déterminé exactement le contenu de ce terme. « L'enseignement de l'anwartschaft n'est un produit que de la doctrine récente » (1), nous dit Würdinger, et il poursuit : « Si loin que je regarde, la notion n'en est pas encore formée en

(1) WÜRDINGER (Hans). *Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegriff*, Munich, 1928, p. 42 : « Die Lehre von der Anwartschaft ist erst ein Produkt der neueren Doktrin... So weit ich sehe, ist der Begriff im gemeinen Recht noch nicht aufgestellt worden, wiewohl sich verschiedene Autoren damit befasst haben, die Rechtslage, die hier als anwartschaft bezeichnet wird, allgemein zu erklären... Der Terminus Anwartschaft ist dem gesamten geltenden Privatrecht fremd. Dieser Begriff ist vielmehr von der Wissenschaft gebildet. »

droit commun (2), quoique différents auteurs se soient mêlés d'expliquer la situation juridique qu'on désigne ici comme *anwartschaft*... Le terme d'*anwartschaft* est étranger à l'ensemble du droit privé en vigueur. Ce concept est plutôt formé par la science » (1). BRECHT accentue : « Il n'y a naturellement rien à objecter contre cette dénomination. Mais lorsqu'on demande : qu'est-ce que cela, *anwartschaft* ? Alors on reçoit une réponse que je ne peux désigner autrement que comme obscure et pleine de contradictions » (3).

« Là où existe une situation juridique qui vise à l'acquisition d'un droit, et là où quelques-uns des faits créateurs du droit se sont déjà réalisés, mais où d'autres manquent encore, on parle, en doctrine, d'*anwartschaft* » (4). C'est le seul point certain, sur lequel les auteurs tombent d'accord.

Mais de nombreuses divergences se manifestent lorsqu'il s'agit de déterminer si l'*anwartschaft* est un droit ou

(2) Droit romain en vigueur en Allemagne avant la promulgation du code civil de 1900.

(3) BRECHT. *Bedingung und Anwartschaft*, in *Iherings Jahrbücher*, Band 61, p. 270 : «Gegen die Benennung ist natürlich nichts einzuwenden. Aber wenn man fragt : was ist das, *Anwartschaft* ? so bekommt man eine Antwort, die ich nicht anders als unklar und widerspruchsvoll bezeichnen kann. »

(4) CAJEWITZ (Walter). *Wie ist die Anwartschaft aus bedingter Uebereignung pfändbar ?* thèse 1935, p. 8 : « Wo eine Rechtslage vorhanden ist, die auf Rechtserwerbs zielt und wo von den Entstehungstatsachen des Rechts bereits einige verwirklicht sind, andere aber noch ausstehen, wird in der Literatur von *Anwartschaften* gesprochen. »

non. Pour Brecht, « on ne peut pas appeler un droit présent absolu l'anwartschaft en tant que telle. Elle est un *simple état d'attente* » (5).

« L'anwartschaft est une *perspective juridique* » (6), nous dit Würdinger ; et, après avoir distingué cette notion juridique des simples espérances de fait à l'arrivée d'un événement extra-juridique, par exemple l'espérance de la naissance d'un enfant pour une femme enceinte, il résume en conclusion : « La nature juridique de l'anwartschaft est donc une *relation* créée par le Droit, de l'expectant (7) au droit en vue, relation d'après laquelle le droit échoit en tant que tel à l'expectant justement en vertu de son anwartschaft, si les derniers éléments constitutifs sont accomplis » (8).

(5) BRECHT, op. cit., p. 274-275 : « Im Zusammenhang mit den vorigen Untersuchungen folgt hieraus meines Erachtens, dass man die Anwartschaft als solche ein gegenwärtiges absolutes Recht nicht nennen kann. Sie ist ein einfacher Wartezustand. »

(6) WÜRDINGER, op. cit., p. 44 : « Anwartschaft ist eine Rechtsaussicht. »

(7) Nous disons expectant, quoique le terme exact soit anwartant ; mais l'emploi de ce néologisme, que nécessiterait une traduction scrupuleuse, risque de choquer le lecteur. La langue juridique française est trop pauvre pour rendre toutes ces nuances.

(8) WÜRDINGER, op. cit., p. 59 : « Das juristische Wesen der Anwartschaft ist also eine vom Recht geschaffene Beziehung des Anwärters zu dem in Aussicht stehenden Recht, wonach das Recht als subjektives Recht dem Anwärter gerade kraft seiner Anwartschaft zufällt, falls die letzten Tatbestandsmerkmale erfüllt werden. »

Par contre Cajewitz est catégorique : « L'anwartschaft représente une situation en suspens qui est plus qu'une simple attente ou espérance à la naissance d'un droit futur » (9), et il ajoute plus loin : « Chez l'anwartschaft, il s'agit d'un droit » (10). Il en conclut que ce droit d'anwartschaft est transmissible et saisissable comme tout autre droit patrimonial, dans la mesure où la loi ne dispose pas expressément le contraire.

Mais que l'anwartschaft soit un droit ou non, il faut remarquer « que la réalisation de ces éléments constitutifs qui doivent encore s'ajouter à l'anwartschaft pour que le droit naisse, ne signifie pas une réalisation de l'anwartschaft » (11). Würdinger nous explique alors ce mécanisme particulier : « L'anwartschaft est construite comme une *suite juridique intercalée*, qui est contenue à l'intérieur des faits constitutifs d'un droit. Dans cette mesure, elle ressemble au droit en formation, qui pareillement est une suite juridique établie par le droit positif. Mais la différence fondamentale repose en ce que dans l'anwartschaft, la réalisation de ces éléments constitutifs

(9) CAJEWITZ, op. cit., p. 8 : « Die Anwartschaft darstellt einen Schwebезustand, der mehr ist als eine blossе Erwartung oder Hoffnung auf die Entstehung eines künftigen Rechts. »

(10) CAJEWITZ, op. cit., p. 24 : « Bei der Anwartschaft, handelt es sich um ein Recht. »

(11) WÜRDINGER, op. cit., p. 61 : « Es ist nun zu beachten, dass die Verwirklichung derjenigen Tatbestandselemente, die noch zur Anwartschaft hinzutreten müssen, damit das Recht entsteht, nicht etwa eine Realisierung der Anwartschaft bedeutet. »

qui doivent encore s'ajouter à l'anwartschaft pour que le droit naisse, ne représente pas une réalisation de l'anwartschaft » (12). C'est là la principale caractéristique de cette notion, tout ce qui en fait l'originalité : la même succession d'éléments juridiques fait naître d'abord l'anwartschaft, puis le droit auquel vise l'anwartschaft, celle-ci disparaissant alors.

Paragr. II. — Situations auxquelles s'applique cette notion

Würdinger nous le dit dans une formule particulièrement large : « Est complètement indifférente la façon dont sont procurés dans l'anwartschaft ces éléments qui doivent s'ajouter à l'anwartschaft pour que le droit naisse » (13).

Puis cet auteur nous indique les différentes manières qu'on peut envisager : « Ces éléments peuvent être des

(12) WÜRDINGER, op. cit., p. 78 : « Die Anwartschaft wurde konstruiert als eine Zwischen-Rechtsfolge, die innerhalb des Tatbestandes einer rechtsgewährenden Norm enthalten ist. Insofern hat sie zwar Aehnlichkeit mit dem Gestaltungsrecht, das ebenfalls eine vom objektiven Recht aufgestellte Rechtsfolge ist. Der grundlegende Unterschied besteht aber darin, dass bei der Anwartschaft die Verwirklichung jener Tatbestandselemente, die noch zur Anwartschaft hinzukommen müssen, damit das Recht entsteht, nicht eine Realisierung der Anwartschaft darstellt. »

(13) WÜRDINGER, op. cit., p. 79 : « Dagegen ist es vollkommen gleichgültig, wie beschaffen bei der Anwartschaft diejenigen Tatbestandsstücke sind, die zur Anwartschaft hinzutreten müssen, damit das Recht entsteht. »

« circonstances qui existent en dehors de la personne de l'expectant, par exemple une condition casuelle, un terme. Ils peuvent être une circonstance que l'expectant lui-même est en mesure d'amener, par exemple une condition potestative, ou d'autres actes d'acquisition. Ils peuvent même en particulier être des déclarations de volonté de l'expectant, soit sous forme d'autorisation, approbation, consentement, etc., soit sous forme d'une acceptation de contrat » (14).

On voit donc que l'anwartschaft est une notion dont le champ d'application est très vaste en droit allemand. Elle s'applique toutes les fois qu'on est en présence d'un droit futur, si l'on entend par là une situation juridique « où quelques-uns des faits créateurs du droit se sont réalisés, mais où d'autres manquent encore » (15). Tous les auteurs qui ont étudié l'anwartschaft font rentrer dans le concept de droit futur les droits conditionnels, et même souvent, quoique avec plus d'hésitations, les droits à terme.

(14) WÜRDINGER, *op. cit.*, p. 79 : « Diese Stücke können Umstände sein, die ausserhalb der Person des Anwärters liegen, z. B. eine kasuelle Bedingung, ein Fristablauf. Sie können sein ein Umstand, den der Anwärter selbst herbeizuführen in der Lage ist, z. B. eine potestative Bedingung, oder andere Erwerbshandlungen. Sie können insbesondere selbst Willenserklärungen des Anwärters sein, sei es in Form einer Bestätigung, Genehmigung, Einwilligung, etc., sei es in Form einer Vertragsannahme. »

(15) CAJEWITZ, *op. cit.*, p. 8 : « Eine Rechtslage wo von den Entstehungstatsachen des Rechts bereits einige verwirklicht sind, andere aber noch ausstehen. »

Ils estiment que la condition est un élément essentiel du droit, avant l'arrivée duquel celui-ci ne peut prendre naissance. En conséquence, la disposition sous condition suspensive fait naître non un droit conditionnel, mais une *anwartschaft* dont se développerait peu à peu le droit principal » (16). Mais alors les auteurs se trouvent handicapés pour expliquer comment le droit conditionnel peut prendre date du moment de l'entreprise de la disposition, non simplement de l'entrée de la condition, pour expliquer en un mot le paragr. 161 B G B (17) : toutes les dispositions que celui qui est obligé conditionnellement entreprend pendant la période de suspens sont inefficaces : cette inefficacité opère également à l'encontre des tiers.

Ils tâchent de tourner la difficulté en disant que la disposition sous condition suspensive ou à terme serait une disposition purement actuelle sur quelque chose de futur, une disposition achevée avec la conclusion de l'opération, dont l'objet serait quelque chose de futur, par exemple la propriété future d'une chose. Ils donnent des exemples : « Si je transfère à quelqu'un la propriété de ma montre sous le terme suspensif du 1^{er} janvier de l'année prochaine, tout ce qui en résulte, c'est que je disposerais déjà maintenant sur la propriété pour l'époque après le 1^{er} janvier. Un commerçant d'instruments me donne un phonographe ; après paiement du solde du prix, il doit être

(16) BRECHT, op. cit., p. 265 : « ...Eine Anwartschaft, aus der das Hauptrecht sich allmählich entwickele. »

(17) Abréviation pour « *bürgerlicher Gesetzbuch* » : c'est le code civil de 1900.

ma propriété ; avec cet accord, il dispose déjà sur la propriété du phonographe pour l'époque après paiement du solde » (18).

Un autre exemple tout à fait frappant est le suivant : « A remet à B une médaille. Mais elle ne doit être sa propriété que le 1^{er} janvier de l'année suivante ; avec ce terme, le transfert de propriété est accompli aujourd'hui, le 15 juillet. S'il y a ici en réalité une disposition sur la propriété de la médaille pour l'époque après le 1^{er} janvier, A ne peut plus faire après le 15 juillet que des dispositions avec le terme extinctif du 1^{er} janvier... Pour l'époque après le 1^{er} janvier, désormais à la place de A, seul B. est autorisé, a droit de disposer sur la propriété de la médaille... *Ce que nous avons dit pour le terme suspensif vaut également pour la condition suspensive.* Au lieu de « avant et après le 1^{er} janvier », on met : « avant et après l'examen », ou « avant et après paiement du prix d'achat » (19).

(18) BRECHT, op. cit., p. 265-266 : « Wenn ich jemandem das Eigentum an meiner Uhr übertrage unter auf schiebender Befristung bis zum 1. Januar nächsten Jahres : so kommt doch alles darauf hinaus, dass ich schon jetzt über das Eigentum für die Zeit nach dem 1. Januar verfüge. Ein Instrumentenhändler gibt mir einen Phonographen ; nach Zahlung der letzten Restrate soll er mein Eigentum sein. Mit dieser Einigung verfügt er bereits über das Eigentum an dem Phonographen für die Zeit nach Zahlung der letzten Restrate. »

(19) BRECHT, op. cit., p. 266-267 : « A übergibt dem B eine Münze. Sie soll aber sein Eigentum erst am 1. Januar kommenden Jahres werden ; mit dieser Befristung wird die

Mais la difficulté n'est ainsi nullement tranchée ; à notre avis, cette théorie qui est tout à fait exacte pour un droit futur, se révèle inapte à expliquer la technique du droit conditionnel ou à terme. Il faut en revenir à la théorie de Demogue sur la rétroactivité : quand une personne aliène sous condition, elle crée dès à présent un droit réel au profit de l'acquéreur ; mais ce droit réel, *né immédiatement*, ne produira ses effets qu'à partir du jour où la condition se sera réalisée.

C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle sont obligés d'arriver les auteurs allemands, conclusion en contradiction avec le reste de leur théorie : « On doit entreprendre un transfert de propriété ordinaire, dans lequel on ne retient que l'effet (c.-à-d. : le transfert immédiat de la propriété) par une clause de condition ou de terme » (20). Si l'on ne retient que l'effet, c'est que le reste n'est pas

Eigentumsübertragung heute, am 15 Juli vollzogen. Wenn hier wirklich eine Verfügung über das Eigentum an der Münze für die Zeit nach dem 1. Januar vorliegt, so darf A nach dem 15. Juli nur noch solche Verfügungen treffen, die mit dem 1. Januar ihr Ende erreichen.. Für die Zeit nach dem 1. Januar ist an Stelle des A nunmehr nur B über das Eigentum an der Münze zur Verfügung berechtigt.. Was hier für die aufschiebende Befristung gesagt ist, lässt sich für die aufschiebende Bedingung beliebig variieren. Man setze statt « vor und nach dem 1. Januar » : « vor und nach dem Examen », oder : « vor und nach Zahlung des Kaufpreises. »

(20) BRECHT, op. cit., p. 169 : « Es muss eine gewöhnliche Eigentumsübertragung vorgenommen werden, bei der nur die « Wirkung » (nämlich : der sofortige Uebergang des Eigentums) durch eine Bedingungs-oder Befristungsklausel zurückgehalten wird. »

retenu, et que notamment le droit est né, et l'on revient à notre formule : droit à effets à terme, ou droit à effets conditionnels.

Paragr. III. — Importance de cette notion en droit allemand

L'extension du champ d'application de l'anwartschaft au domaine du droit conditionnel ou du droit à terme peut être en soi critiquable ; mais il faut bien reconnaître que c'est grâce à cette extension que la notion d'anwartschaft a pu acquérir une importance considérable en droit allemand. En effet le cas le plus pratique d'application de cette notion est le transfert conditionnel de propriété, c'est-à-dire la vente, puisqu'en droit allemand ce contrat n'est pas en lui-même translatif de propriété.

C'est pour remédier à ce caractère de la vente allemande que la doctrine a créé la notion d'anwartschaft, qui est désormais devenue une notion à grand rendement. Prenons un exemple simple : l'acheteur d'une marchandise ne paie que la moitié du prix ; son créancier ne peut pas saisir la chose qui n'est pas encore dans le patrimoine de son débiteur ; aussi on a créé un droit d'anwartschaft : le créancier va saisir ce droit, compléter le prix et devenir alors propriétaire de la chose ; si l'on n'avait pas créé ce droit d'anwartschaft, il n'aurait rien pu saisir du tout, et cela ne lui aurait servi à rien de compléter le prix. On voit que la notion d'anwartschaft est surtout destinée à acquérir de l'importance en cas de faillite.

Autre exemple : A vend à B à crédit sous versements mensuels de 100 francs un poste de T. S. F. de 1.000 fr

Le vendeur reste propriétaire jusqu'à l'arrivée de la condition, le paiement intégral du prix, et peut revendiquer la chose dans la faillite de l'acheteur ; d'autre part B ne devient pas propriétaire avant l'arrivée de la condition, mais il obtient un droit à l'acquisition de la propriété en cas d'arrivée de cette condition, droit qui peut être saisi par ses créanciers et qu'on désigne comme droit d'anwartschaft ou droit d'attente, qui se renforce avec l'arrivée de la condition en droit pur et simple.

On peut donc trouver dans cet exemple deux droits d'anwartschaft : le droit de reprise du vendeur, et le droit de l'acheteur de se rendre propriétaire définitif en payant les versements supplémentaires. La notion d'anwartschaft est donc importante également en matière de vente à crédit en droit allemand.

Paragr. IV. — Application de cette notion en droit français

Ces quelques explications nous permettent désormais de voir tout le parti qu'on peut tirer de cette notion pour éclaircir la nature juridique du droit futur en droit français.

Mais auparavant il nous faut déterminer exactement quelle forme doit revêtir cette notion pour s'intégrer dans le droit français **théorique et pratique** actuellement en vigueur. Tel sera l'objet du présent paragraphe.

1° L'ANWARTSCHAFT EST UN DROIT

En effet qu'est-ce qu'un droit, sinon un « pouvoir que

la société reconnaît à l'individu » (21), suivant la définition de Minéi ? Or ici incontestablement, l'expectant a un pouvoir sur le débiteur futur du contrat. Comme dit Nerson, « un élément du droit subjectif consiste en un rapport entre le titulaire du droit et un tiers, en un état de relation juridique entre deux sujets : le droit subjectif se situe dans le rapport de droit qui s'établit entre deux sujets, il ne se manifeste que lorsque deux sujets sont entrés en relation pour former ce rapport ; le titulaire a le pouvoir d'exiger quelque chose d'une personne déterminée, laquelle est assujettie à un devoir subjectif, à une obligation juridique » (22).

Tous les caractères du droit personnel sont réunis dans l'anwartschaft : le débiteur futur du contrat a le devoir subjectif, l'obligation juridique de faire naître en la personne de l'expectant le droit auquel vise l'anwartschaft, ou encore l'obligation juridique de **ne pas** faire naître ce droit en une personne autre que celle de l'expectant. Cette obligation, comme toute obligation de faire ou de ne pas faire *se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution* de la part du débiteur (art. 1142 C. Civ.).

Demogue et Titulesco, dans une lueur fugitive, ont d'ailleurs entrevu cette solution : « Il y a donc, dans la vente d'une récolte à **venir un droit de créance** qui naît immédiatement, et qui a pour objet de faire naître un droit de propriété le jour où l'objet prendra existence ! Une

(21) MINEI, op. cit., p. 218.

(22) NERSON, op. cit., p. 333.

comparaison fera encore mieux ressortir cette vérité : je vous vends le bénéfice d'une assurance non encore contractée, je vous vends une récolte à venir ; dans le premier exemple, il est certain que l'acheteur a immédiatement un droit contre son vendeur ; mais son droit contre la société d'assurance — l'objet du contrat — il ne l'aura que lorsque, en vertu de son droit immédiat contre le vendeur, il aura obligé ce dernier à contracter l'assurance ; dans le second exemple, l'acheteur pourra, en vertu de son droit immédiat contre le vendeur, obliger ce dernier, qui peut-être ne voulait pas ensemençer et travailler la terre, à faire les actes nécessaires pour que l'objet du contrat — propriété sur la récolte — puisse se réaliser » (23). Et l'on peut lire plus loin cette formule condensée : « Le créancier éventuel peut, toutes les fois que l'intention des parties ne s'y oppose pas, *contraindre son débiteur à lui concéder un droit pur et simple* » (24).

C'est le résultat direct du droit d'anwartschaft. Demogue et Titulesco ont fort bien vu les effets, mais la cause leur a échappé, ceci en vertu de la fausse conception du droit éventuel qui a été la leur, et qui en faisait un droit déjà né, en vertu de l'art. 1130 C. Civ., ainsi que nous l'avons vu.

2° L'ANWARTSCHAFT NE S'APPLIQUE QU'AU DROIT FUTUR

Nous savons que la notion d'anwartschaft a pris naissance en droit allemand pour remédier au caractère non

(23) TITULESCO, op. cit., p. 39 (note).

(24) TITULESCO, op. cit., p. 242.

translatif de la vente. Puis on l'a étendue aux situations conditionnelles et à terme, et enfin à toutes les situations futures. C'est en réalité la situation juridique personnelle caractéristique du droit futur, non encore né, mais en voie de formation ; c'est donc une erreur de la doctrine allemande d'appliquer cette notion au droit à terme. D'autre part l'application de cette notion au droit conditionnel ne s'explique que par l'idée un peu vague que cette doctrine s'en fait ; elle l'assimile en général au droit futur non encore né, malgré certaines hésitations et quelques voix dissidentes. Ceci provient en grande partie du principe de non-rétroactivité de la condition qui domine le droit allemand, malgré de nombreuses exceptions.

Mais pour le droit français qui édicte d'une façon formelle le principe inverse de la rétroactivité de la condition (art. 1179 C. Civ.) aucune hésitation ne saurait subsister. L'anwartschaft ne peut trouver de place là où le droit principal est déjà né ; on aboutirait autrement à une construction juridique incompréhensible, par une superposition de droits tout à fait inutile.

Par conséquent, en droit français comme en droit allemand, on ne trouvera d'anwartschaft qu'en matière de droit futur, seulement à la différence de la doctrine allemande, nous excluerons de cette notion les droits conditionnels et à terme.

3^e DÉFINITION DE L'ANWARTSCHAFT

Au point où nous en sommes arrivés, il est indispensable de définir l'anwartschaft, au risque d'anticiper sur

nos développements postérieurs sur le droit futur. Nous sommes en possession des principaux éléments qui donnent à cette notion son caractère original, aussi le moment est-il venu de les résumer dans une formule synthétique, qui pourra également nous servir de point de départ pour l'étude du droit futur.

L'anwartschaft est la situation juridique personnelle actuelle, caractéristique du droit futur conventionnel, et qui représente un stade intermédiaire, un acheminement à ce droit dont elle est par ailleurs indépendante, mais qui lui confère sa valeur patrimoniale.

C'est en définitive le droit éventuel au sens de Leduc dont la théorie avait déjà dégagé les principaux traits caractéristiques de cette notion. D'autre part, il est bien évident que ce droit éventuel — l'anwartschaft, disons-nous — peut être affecté d'une modalité, terme ou condition, qui empêche l'expectant de poursuivre la conclusion du contrat définitif avant l'expiration d'un certain délai, ou l'arrivée d'un événement.

SECTION II. — ANALYSE DU DROIT FUTUR

On rencontre souvent chez les auteurs ces expressions de droit futur ou de créance future. Mais en général, elles ont un sens quelque peu vague et mystérieux. Pour Titulesco par exemple, cette notion se confond avec celle d'expectative : « La créance future est celle qui n'existe pas dans le patrimoine d'une personne, celle qui n'existe

qu'à l'état de projet de prévision. Par rapport au créancier originaire, du cédant, la créance future ne peut être un droit éventuel. Dans le droit éventuel, j'ai déjà l'élément capital d'un droit pur et simple, dans la créance future, je n'ai rien, ou tout au plus une expectative ; aussi le droit éventuel est-il une valeur patrimoniale, tandis que la créance future n'en est pas une » (25). Mais alors, si le droit futur n'a pas de valeur patrimoniale, si ce n'est qu'une simple expectative, pourquoi parler de cession de ce droit ? il y a là une contradiction : on ne peut céder que ce qui a une valeur patrimoniale.

Il nous faut donc déterminer le contenu de cette notion, et pour en comprendre la valeur exacte, nous l'opposerons successivement au droit conditionnel, puis à la simple expectative. Mais nous ne pourrons entreprendre cette étude qu'après avoir analysé la manière dont se forme le droit, après en avoir établi en quelque sorte la genèse : car les développements que nous donnerons sur le droit futur dépendront de la position que nous aurons prise sur cette question.

**Paragr. I. — Le principe de la simultanéité
et la formation successive du contrat**

En matière conventionnelle, le droit prend sa source dans un contrat ; se pose alors la question : le contrat doit-il être parfait pour donner naissance au droit, et

(25) TITULESCO, *op. cit.*, p. 259 (note).

quelle est la signification de la formation successive du contrat pour la formation de l'effet juridique ?

Les auteurs répondent en général par deux théories diamétralement opposées : la théorie de l'unité de temps, et la théorie de la formation successive du droit.

1° LA THEORIE DE L'UNITE DE TEMPS

C'est la théorie classique, qui dérive du vieux droit romain formaliste. Les conditions requises par la loi pour la validité d'un acte juridique doivent se trouver réunies en un seul moment, sinon l'acte ne peut prendre naissance. En conséquence un droit ne peut naître que lorsque l'acte juridique qui lui donne naissance est définitivement constitué. Tout acte naît en un seul instant ; du néant complet ; l'adjonction du dernier élément de validité aux autres, fait immédiatement apparaître l'acte avec sa constitution définitive ; mais jusqu'à cet instant, il n'y avait que le néant.

Cette théorie qui repose sur le principe de la simultanéité des actes juridiques est très rigide : l'impossibilité de conclure à Rome un contrat par étapes était une conséquence du formalisme. Mais peu à peu, le droit romain lui-même fut obligé de se départir de cette rigueur ; il admit, à côté des conditions expresses, des conditions tacites : c'étaient des faits dont l'existence ou la réalisation ultérieure étaient nécessaire à l'existence même de l'obligation. Ce n'étaient pas de véritables conditions ; la formation successive des contrats n'était donc pas incon-

nue à Rome. D'ailleurs cette distinction entre les conditions expresses et les conditions tacites ou faits futurs fut admise telle quelle par certains commentateurs du Code.

Mais il faut bien remarquer que ces prétendues conditions tacites ne sont en réalité que des éléments essentiels à la formation de l'obligation ; il y en a qui sont encore à l'état futur : ils suspendent alors la réalisation de l'acte, car aucun acte ne peut être exécuté tant que ses éléments essentiels ne sont pas réunis.

En définitive on peut se demander pourquoi le droit romain écarta ce vieux principe de la simultanéité des actes juridiques. La réponse est simple : parce que l'intérêt pratique l'exigea. La personne qui, pour trouver une somme nécessaire, avait besoin d'une caution, était bien plus avantagée en trouvant d'abord une caution, et en cherchant ensuite un prêteur, que de commencer inversement, le créancier pouvant légitimement douter que son emprunteur trouve une caution, et, par là, étant tenté de refuser l'affaire ; le débiteur, qui avait la chance de trouver un créancier se contentant d'une sûreté consentie sur un bien qui lui adviendra plus tard seulement, avait tout intérêt à pouvoir consentir une hypothèque sur chose future.

2° LA THEORIE DE LA FORMATION SUCCESSIVE DU DROIT

Certains auteurs, impressionnés par la formation successive du contrat, notion parfaitement exacte, logique, conforme à la réalité et aux exigences de la pratique,

ont voulu aller plus loin et en déduire la formation successive du droit lui-même. Pour eux, il n'est pas nécessaire que le contrat atteigne sa perfection, réunisse tous ses éléments, pour que le droit apparaisse ; évidemment, ce sera un « droit imparfait » ; mais au fur et à mesure du développement du contrat, de l'adjonction des éléments manquants, ce droit se fortifiera, jusqu'à atteindre son plein épanouissement au moment où le contrat sera lui-même parfait. C'est le droit éventuel qui se transforme en droit pur et simple : ce sera en quelque sorte un droit enfant ; mais il faut remarquer que c'est le même être juridique que le droit pur et simple auquel il aboutit, qu'il devient.

C'est la théorie de Demogue et Titulesco. Filderman s'y rallie également : prenant acte de ce que la théorie de l'unité de temps est contredite par les faits, que la plupart des actes se réalisent successivement, qu'il est extrêmement rare en fait de voir se produire en un seul instant le concours de volontés et des éléments qui sont à la base d'un acte juridique, il s'appuie alors sur l'autorité de Demogue qui montre que, en ce qui concerne spécialement les consentements, leur simultanéité n'est exigée qu'exceptionnellement (art. 1396 C. Civ.).

Pour lui, « *des droits* sont créés dès qu'une volonté a été émise sur laquelle les tiers ont pu compter. Quand une personne a émis une promesse de traiter dans certaines conditions, si un tiers en a pris acte, un droit est créé en sa faveur » (26). Il nous explique ensuite que

(26) FILDERMAN, *op. cit.*, p. 32.

« ce n'est point tant la coïncidence des volontés qui importe, que le fait qu'une volonté ayant été émise une autre volonté peut venir à être attirée par elle » (27).

Il en conclut donc que rien n'empêche en pratique les consentements et à plus forte raison les autres éléments de se réaliser successivement : objet, cause, capacité. « En ce qui concerne spécialement l'objet et la cause, ce sont de simples éléments de mise en œuvre de droit. On conçoit parfaitement que l'on contracte sur une chose qui n'existe pas encore actuellement, mais qui existera plus tard. La vente d'une chose future est permise (art. 1130 C. Civ.). De même la cause de l'obligation peut être future : la loi l'admet pour la provision de la lettre de change ; on peut contracter sur une chose illicite pour le jour où la loi la déclarera licite, etc. Dans tous ces cas, sauf l'hypothèse d'une exécution principale de l'obligation qui est impossible, *le droit apparaît comme définitivement constitué* » (28). C'est à peu près le même langage que celui de Demogue, lorsqu'il nous dit : « L'éventualité apparaît moins comme un événement qui suspend l'existence même de l'obligation, que comme un événement qui suspend son exécution. Mais sauf l'exécution principale qu'on ne conçoit pas, *le droit apparaît comme déjà formé* » (29).

(27) FILDERMAN, op. cit., p. 33.

(28) FILDERMAN, op. cit., p. 34.

(29) DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1906, p. 236.

3° IN MEDIO STAT VIRTUS

Ces deux théories extrêmes que nous venons d'exposer ne nous semblent contenir ni l'une ni l'autre la vérité. Toutefois nos préférences vont à la théorie de l'unité de temps, mais tempérée par l'idée de formation successive du contrat.

En un mot, pour nous, *le contrat est à formation successive, mais le droit ne l'est pas* ; et il n'y a aucune contradiction à le soutenir. Le droit auquel tend le contrat ne naît que lorsque ce dernier atteint sa perfection, que tous ses éléments sont réunis. Auparavant le contrat en formation peut bien produire un effet juridique, mais ce droit d'anwartschaft qui est ainsi engendré, n'est pas du tout le même être juridique que le droit final dont il est indépendant. Le même élément qui, ajouté au contrat en formation, rend ce dernier parfait et crée par suite le droit principal, entraîne du même coup et automatiquement anéantissement du droit antérieur d'anwartschaft.

On relève bien plutôt des contradictions chez les auteurs qui ont soutenu la théorie de la formation successive du droit, d'après laquelle *le droit* même imparfait résultant d'un contrat en formation « apparaît comme définitivement constitué ». Car on trouve chez ces mêmes auteurs des phrases de ce genre : « *des droits* sont créés dès qu'une volonté a été émise sur laquelle les tiers ont pu compter » ; ou encore : « Quand une personne a émis une promesse de traiter dans certaines conditions, si un tiers en a pris acte, *un droit* est créé en sa faveur ». Il est bien évident que si *un* droit est créé ou *des* droits sont

créés, ce n'est pas *le* droit auquel tend le contrat. Des contradictions de cette sorte révèlent chez ces auteurs un trouble intérieur qui les empêche de tenir toujours et jusqu'au bout leur théorie, et qui les force parfois presque involontairement à parler le même langage que nous, langage qui n'est par suite pas en harmonie avec la position qu'ils ont prise. On nous dira qu'il n'y a peut-être ici qu'une nuance ; mais, on en conviendra, cette nuance est tout à fait typique.

Pour nous résumer, un droit est ou n'est pas. *La notion de droit éventuel, droit qui est sans être tout en étant, est une notion susceptible de créer des confusions et des abus ; elle est à éliminer et à remplacer par celle bien plus logique de droit futur, droit qui n'existe pas actuellement, mais dont la valeur patrimoniale est formée par une situation juridique préexistante, par un lien avec le présent qui le distingue de la simple expectative.*

Paragr. II. — Droit futur et droit conditionnel

Tels que nous les avons envisagés, droit futur et droit conditionnel semblent assez faciles à distinguer l'un de l'autre. Pourtant la plupart des auteurs allemands qui ont étudié ces questions, ont eu une tendance regrettable à les confondre, à faire rentrer la notion de droit conditionnel dans celle de droit futur ; nous avons vu que telle était la position prise par les théoriciens de l'anwartschaft ; les théoriciens du droit futur sont par contre divisés et la tendance inverse semble dominer : c'est à l'examen de leur point de vue que nous allons désormais nous livrer.

1° APERÇU DOCTRINAL

Le droit futur a fait l'objet de nombreuses études en droit allemand, et les auteurs l'ont en général distingué du droit conditionnel. Döhring est même tout à fait net : « En ce qui concerne les créances à terme et conditionnelles, il ne peut y avoir aucun doute qu'elles ne sont pas des créances futures : les créances à terme, parce qu'elles sont des créances déjà nées, non encore échues, et les créances conditionnelles par ce motif que, d'après une conception exacte, l'événement mis comme condition ne tranche que la question de savoir si la créance incertaine, pour le moment encore en suspens, mais fondée par l'opération juridique conditionnelle, est à considérer désormais comme une créance efficace depuis le début. L'événement lui-même n'est pas un élément constitutif » (30). Il concède alors que ce n'est pas universellement reconnu, « mais en tout cas d'après notre conception, les créances conditionnelles et à terme se séparent totale-

(30) DÖHRING (Rudolf). *Verfügungen über bedingte und zukünftige Rechte*, thèse Strasbourg, 1906, p. 77 : « Was die betagten, und bedingten Forderungen anlangt, so kann es keinem Zweifel unterliegen, dass sie keine zukünftigen sind : die betagten, weil sie bereits entstandene, noch nicht fällige Forderungen sind, und die bedingten deswegen weil nach richtigen Auffassung das bedigende Ereignis nur darüber entscheidet, ob die durch das bedingte Rechtsgeschäft begründete, vorderhand noch pendente, ungewisse Forderung nunmehr als eine von Anfang an wirksame anzusehen ist. Das Ereignis selbst ist nicht konstitutives Tatbestandsmerkmal. »

ment de la notion des créances futures, pourvu que l'on comprenne par là naturellement des droits non encore nés » (31).

Von Ohmeyer oppose également les droits à terme et conditionnels aux droits futurs, quoique moins nettement : « Par droit futur, nous désignons celui qui n'existe pas encore aujourd'hui, parce que ses faits générateurs ne sont pas ou pas complètement réunis, — mais en supposant que ces faits manquants ne sont ni une condition suspensive ni un terme » (32).

Après cette déclaration, il s'empresse toutefois de faire une concession à la tendance opposée : « A bien considérer, tombent aussi sous la notion de droit futur les droits conditionnels et à terme, puisqu'également en ce qui les concerne, les faits qui conditionnent leur existence, n'existent pas dès l'abord tous ensemble » (32). Il s'appuie alors sur von Tuhr qu'il cite : « S'il ne manque qu'un seul fait exigé pour sa naissance, le droit est à désigner comme futur » (32).

(31) DÖHRING, op. cit., p. 77 : « Dies ist zwar nicht allgemein anerkannt, aber jedenfalls scheiden nach unserer Auffassung die bedingten und betagten Forderungen gänzlich aus dem Begriff der künftigen Forderungen aus, sofern man hierunter zunächst der natürlichen Auffassung gemäss noch nicht entstandene Rechte versteht. »

(32) OHMEYER (Kamillo Edlen von-), *Verfügung über künftige Rechte ; zugleich ein Beitrag zur Theorie der künftigen Rechte*, Leipzig et Vienne, 1909, p. 16 : « Als künftiges Recht in dem hier massgebenden Sinne bezeichnen wir jenes, das heute noch nicht besteht, weil seine Entstehungsstatsachen gegenwärtig noch nicht oder nicht vollständig vorhanden

Von Ohmeyer cherche ensuite un autre critère de distinction : « Les droits conditionnels et à terme se caractérisent des autres droits futurs par la particularité qu'ici la volonté des parties fait naître le droit en tant que futur. Précisons : la force de la volonté des parties met en suspens en ce qui concerne la condition ou le terme un événement qui en soi est étranger au droit et n'est pas exigé comme fondement à son existence. Il en va autrement pour les droits futurs proprement dits : ici manque un élément que la désignation de la loi établit comme exigence à la naissance du droit, une circonstance dont dépend l'existence du droit sans que les parties l'aient établie comme condition ou élément » (33).

sind-hierbei aber vorausgesetzt, dass diese fehlenden Tatsachen weder Suspensivbedingung noch Frist sind. Genau betrachtet, fallen unter den Begriff des künftigen Rechtes auch die bedingten und betatgen Rechte, da auch bei ihnen vorest nicht sämtliche, ihre Existenz bedingende Tatsachen vorliegen. « Fehlt auch nur eine zur Entstehung erforderliche Tatsache, so ist das Recht als künftiges zu bezeichnen » (Tuhr). »

(33) Von OHMEYER, op. cit., p. 16 : « Die bedingten und betagten Rechte kennzeichnen sich gegenüber den anderen künftigen Rechten durch die Besonderheit, dass hier der Parteiwille das Recht zukünftiges entstehen lässt. Näher ausgeführt : Die Kraft des Parteiwillens erhebt bei der Bedingung oder Befristung einen Umstand zur Entstehungstatsache des Rechtes, welcher an sich dem Rechte fremd ist und von ihm als Existenzgrund nicht gefordert wird. Anders bei den sonstigen künftigen Rechten : Hier mangelt ein Moment des Tatbestandes, welches die gesetzliche Bestimmung als Erfordernis für die Rechtsentstehung aufstellt, ein Umstand, von dem das Dasein des Rechtes bedingt wird, auch ohne

C'est le critère que nous retrouvons en droit français chez les auteurs qui refusent l'existence actuelle au droit conditionnel. Par exemple Eygout nous dit : « La subordination du droit à l'événement futur et incertain est-elle l'œuvre de la volonté arbitraire et libre des parties, il y a condition. Est-elle, au contraire, l'effet d'une disposition de la loi ou d'une nécessité matérielle, le droit est éventuel » (34).

Mais Eygout semble beaucoup plus satisfait de la découverte de ce nouveau critère que ne l'est von Ohmeyer qui poursuit : « La différence remarquée n'est pas alors en soi telle qu'elle fonde la séparation des droits conditionnels et à terme des autres droits futurs. Car il peut certes a priori paraître sans importance pour l'examen du droit futur, pour quelles raisons le droit n'existe pas encore actuellement » (35).

Von Ohmeyer se tourne donc d'un autre côté : « Si maintenant pourtant notre discussion fait ressortir les droits conditionnels et à terme de l'enchaînement des autres droits futurs proprement dits et les place isolément, le fondement en est alors à chercher dans la formation

dass die Parteien demselben als Bedingung oder Voraussetzung aufstellten. »

(34) EYGOUT, op. cit., p. 80.

(35) VON OHMEYER, op. cit., p. 17 : « Der bemerkte Unterschied ist nun an sich kein solcher, welcher die Scheidung der bedingten und betagten von den anderen künftigen Rechten begründete. Denn es mag ja a priori für die Betrachtung des künftigen Rechtes ohne Belang scheinen, aus welchen Gründen das Recht derzeit noch nicht besteht. »

de ces rapports en droit positif. Le droit autrichien a, comme le droit romain, encouragé l'effet rétroactif de la condition, en vertu duquel le droit conditionnel après la réalisation de la condition est traité comme s'il avait existé depuis le début. Le droit date, sous la supposition de la réalisation subsidiaire de la condition de la conclusion de l'opération conditionnelle, et non pas seulement de la réalisation de la condition. Dans cette mesure, il ressemble à un droit présent et les mêmes principes valent en général pour tous deux. Par là, le droit conditionnel se distingue en fait des droits futurs proprement dits et ressemble aux droits présents » (36).

En résumé, la position de von Ohmeyer est la suivante : il faut désigner comme droit futur le droit dont la nais-

(36) Von OHMEYER, op. cit., p. 17 : « Wenn nun gleichwohl unsere Erörterung die bedingten und betagten Rechte aus dem Zusammenhange mit sonstigen künftigen Rechten hervorhebt und sie abgesondert stellt, so ist der Grund in der positivrechtlichen Gestaltung dieser Verhältnisse zu suchen. Das österreichische Recht hat, wie das römische Recht, der (reinen) Bedingung, die sogenannte rückziehende Wirkung zugesprochen, vermöge welcher das bedingte Recht nach Erfüllung der Bedingung im « grossen und ganzen » so behandelt wird, als sei es schon von allem Anfange an vorhanden gewesen. Das Recht datiert unter der Voraussetzung der nachträglichen Erfüllung der Bedingung im allgemeinen vom Abschlusse des bedingten Geschäftes an, nicht erst vom Eintritte der Erfüllung der Bedingung. Insoweit steht es einem gegenwärtigen Rechte gleich und es gelten für beide prinzipiell die gleichen Grundsätze. Dadurch wird nun das bedingte Recht tatsächlich aus den sonstigen künftigen Rechten hervorgehoben und den gegenwärtigen Rechten gleichgestellt. »

sance est encore actuellement incertaine et ne dépend pas non plus de l'arrivée d'une condition au sens technique. N'en font donc pas partie les droits à terme et conditionnels. A la rigueur, ces derniers font aussi partie des droits futurs, puisque chez eux également il n'y a pas encore tous les éléments nécessaires à la naissance du droit. Cependant comme ici, en vertu d'une réglementation légale, la force rétroactive de la condition accomplie pourrait rattacher les effets juridiques déjà à un moment antérieur du développement du droit, il faut les opposer aux droits futurs.

Par contre, Hackenberg soutient un point de vue nettement opposé, après avoir pourtant constaté que le B. G. B. fait une différence entre droits conditionnels et futurs : « Puisque d'après notre droit les effets juridiques lors de l'arrivée de la condition ne rétroagissent pas à un moment antérieur, et qu'en fait il n'y a pas encore dans les droits conditionnels tous les éléments existant à la naissance du droit, il n'y a aucune raison de ne pas vouloir compter les droits conditionnels parmi les droits futurs » (37). Et il ajoute, comme s'il voulait se convaincre lui-même : « En tout cas, cette opinion est d'un point de vue logique entièrement soutenable » (37).

(37) HACKENBERG (Gotthard), *Die Cession zukünftiger Forderungen*, thèse Breslau, 1928, p. 4 : « Da jedoch nach unserem Recht die Rechtswirkungen bei Eintritt der Bedingung nicht auf den früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden und in Wirklichkeit bei den bedingten Rechten noch nicht alle zur Rechtsentstehung vorliegenden Tatbestandsmomente vorliegen, so besteht kein Grund, die bedingten

2° RESUME DES DIFFERENCES SIGNALEES

Quoi qu'il en soit, après cet aperçu de la doctrine allemande relative au droit futur, et en corrélation avec nos développements antérieurs sur le droit éventuel, nous pouvons désormais dégager les principales caractéristiques structurales qui opposent le droit futur au droit conditionnel.

a) Tout d'abord, alors que le droit conditionnel est un droit déjà né, dont les effets seuls sont en suspens — et nous avons déjà suffisamment étudié cette question pour n'avoir plus à y revenir ici — le droit futur n'est qu'à l'état de projet, de prévision ; il n'existe pas encore actuellement.

b) Ensuite les effets du droit, lorsqu'une condition est stipulée, ne dépendent que d'un événement accidentel, accessoire et extérieur à l'obligation ; c'est une véritable modalité qui suspend ou modifie les effets du droit. Dans le droit futur au contraire, c'est la naissance même du droit qui dépend d'un élément constitutif, intrinsèque, essentiel ; l'acte juridique est inachevé, imparfait, tandis que dans l'opération conditionnelle, tous les éléments qui concourent à la naissance du droit sont réunis.

c) Enfin la condition n'est exigée pour le plein épanouissement juridique du droit que par un effet de la volonté des parties qui étaient parfaitement libres de ne

Rechte in folgendem nicht zu den künftigen Rechten zählen zu wollen. Jedenfalls ist diese Ansicht in logischer Beziehung durchaus haltbar. »

pas la stipuler. Mais dans le droit futur, l'élément dont dépend sa naissance, doit toujours être exigé comme tel, c'est-à-dire comme élément, par la loi ; c'est une *condicio juris* ; les parties ne sont pas libres de décider que le droit prendra naissance en l'absence de cet élément.

Paragr. III. — Droit futur et expectative

Nous avons délimité le champ d'application du droit futur vis-à-vis de la notion voisine de droit conditionnel. Pour connaître le contenu exact du droit futur, il nous reste désormais à le distinguer de la notion voisine également d'expectative. Le droit futur est une situation juridique intermédiaire entre l'expectative et le droit conditionnel ; mais on conçoit qu'auparavant il soit nécessaire de définir l'expectative.

1° LA NOTION D'EXPECTATIVE

On ne trouve dans la doctrine jusqu'à ce jour aucune étude sur la notion d'expectative ; les auteurs, qui supposent cette notion acquise, n'en parlent qu'occasionnellement à propos d'autres théories voisines.

Pourtant le contenu de l'expectative ne semble pas encore définitivement acquis ; pour la plupart des auteurs, cette notion est vide de tout contenu : c'est le néant juridique ; une telle définition peut évidemment expliquer dans une certaine mesure le dédain des juristes ; mais cette définition, simple en elle-même — trop simple, serions-nous tentés de dire — n'est-elle pas un peu hâtive

et ne cache-t-elle pas plutôt l'embarras des juristes à son égard ? C'est ce que nous donnent à penser la terminologie un peu flottante que nous avons rencontrée chez ces mêmes auteurs, et d'autre part l'incapacité où ils sont de se mettre d'accord lorsqu'il s'agit de donner des exemples d'expectative.

a) Terminologie flottante

Chez Roguin, nous trouvons l'expression de « droit d'expectative » (38), qui, on en conviendra, ne paraît pas synonyme de néant juridique. D'autre part, Josserand, parlant de la hiérarchie des droits, distingue dans l'ordre : les droits purs et simples, les droits conditionnels, les droits éventuels, les expectatives ; ces dernières seraient donc plus que le néant juridique, puisqu'elles feraient partie de la hiérarchie des droits, seraient comprises dans cette hiérarchie, quoiqu'à l'extrême limite. De même Von Ohmeyer, classant les droits futurs, nous cite comme dernière catégorie les droits simplement en espérance qui forment pour lui le stade de la simple attente.

Il est amusant également de constater que les auteurs qui parlent de l'expectative font précéder ce terme du qualificatif « simple ». Par simple expectative, ils semblent vouloir désigner quelque chose d'inférieur à l'expectative, terme qui ne leur semble pas assez fort. Il y a là une nuance psychologique révélatrice de l'état d'incertitude et d'instabilité où se trouve la doctrine à l'égard de cette notion, et qui indique en tout cas que cette der-

(38) ROGUIN, op. cit., p. 419.

nière est encore loin d'être fixée définitivement. Lorsqu'on examine la notion de droit éventuel, on retrouve d'ailleurs la même nuance, la doctrine paraissant alors opposer le droit éventuel au droit purement éventuel.

Huc nous parle de la simple espérance d'un droit ou « *spes actionis* », et il se demande si elle peut être considérée comme un élément de patrimoine, comme un bien proprement dit.

b) *L'expectative a-t-elle une valeur patrimoniale ?*

A cet égard, la doctrine est moins divisée, et répond négativement en général, mais on peut relever quelques notes dissidentes.

Huc oppose la « *spes actionis* » aux droits conditionnels ; ces derniers « ont leurs effets utiles tenus in pendent, mais en eux-mêmes, ils comptent déjà dans le patrimoine et sont transmissibles aux héritiers. Mais il n'en est pas ainsi des simples espérances ou expectatives concernant des avantages sur lesquels il est impossible d'avoir une visée juridique actuelle » (40). Huc se contredit d'ailleurs immédiatement en admettant que la « *spes actionis* » puisse être l'objet d'un contrat, qu'on puisse la céder à un tiers : cette transmissibilité suppose une valeur patrimoniale.

Nous ferons la même remarque au sujet de Demogue et Titulesco. Ils nous disent : « Dans le droit éventuel,

(39) Huc (Théophile), *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, Paris, 1891, tome 1^{er}, p. 77.

(40) Huc, *op. cit.*, p. 77.

j'ai déjà l'élément capital d'un droit pur et simple, dans la créance future, je n'ai rien, ou tout au plus une expectative ; aussi le droit éventuel est-il une valeur patrimoniale, tandis que la créance future n'en est pas une » (41). Mais aussitôt après cette déclaration, ils envisagent la cession de droits futurs comme parfaitement possible et normale.

Demolombe nous dit pareillement en étudiant le droit des appelés dans les substitutions permises : « Les appelés n'ont qu'une espérance, mais il faut reconnaître qu'elle constitue un véritable droit conditionnel » (42). Puisqu'il est unanimement admis que le droit conditionnel a une valeur patrimoniale, c'est dire clairement que l'espérance en a une également.

Demogue est hésitant lorsqu'il s'agit de savoir si l'expectative est ou non un droit : « Il y a une zone intermédiaire entre le droit conditionnel qu'étudie le code civil et la simple espérance, la simple expectative ; comme l'est le droit que je puis avoir sur le patrimoine d'un parent encore vivant dont j'espère hériter, comme est encore le droit que je puis avoir sur l'immeuble de mon voisin, immeuble dont les circonstances paraissent me faciliter l'acquisition. Tous ces droits, d'ailleurs, ne sont pas des droits juridiquement parlant. Mais au-dessus d'eux et avant d'arriver à la zone des droits conditionnels, il y a des droits véritables d'une nature spéciale.

(41) TITULESCO, op. cit., p. 259 (note).

(42) DEMOLOMBE, n° 597, p. 561 du *Cours de Code Napoléon*, tome V.

qui sont les droits éventuels » (43). Qu'est-ce alors qu'un droit qui n'est pas un droit juridiquement parlant ? On a l'impression d'une habile mystification destinée à éluder un problème embarrassant.

Leduc se borne à nous indiquer que l'expectative n'a pas d'effets juridiques : « C'est sous le nom de droits éventuels, qu'on désigne habituellement ces droits intermédiaires entre la simple espérance sans effets juridiques et le droit conditionnel à effet rétroactif après sa réalisation » (44).

Pour Eygout, « il n'y a même pas de droit, mais une simple possibilité de droit, ce que certains auteurs appellent une simple expectative » (45).

Si nous voulons résumer dans une vue d'ensemble toutes ces différentes opinions, nous dirons que la doctrine pose en principe que l'expectative n'a pas de valeur patrimoniale, mais en admet cependant la cession, ce qui semble peu logique de prime abord, mais qui s'explique par l'absence d'une définition limitant le contenu exact de cette notion.

c) *Les exemples d'expectative*

Lorsqu'on voit l'embarras des auteurs devant la notion d'expectative, il n'est plus étonnant de constater les divergences qui les séparent lorsqu'il s'agit d'en donner des exemples, et notamment le désaccord le plus absolu existe

(43) DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1905, p. 724-725.

(44) LEDUC, *op. cit.*, p. 41.

(45) EYGOUT, *op. cit.*, p. 76.

entre eux sur la définition de la situation de l'héritier présomptif.

Bernard toutefois ne risque pas de se tromper, puisqu'il qualifie cette situation à la fois de simple espérance et de droit éventuel : « En réalité le droit successoral n'est pas un droit conditionnel ; il n'est qu'une simple espérance, qu'une éventualité, où l'idée de droit se devine à peine : l'héritier n'a qu'une espérance susceptible de se transformer un jour en droit acquis. M. Demogue va un peu plus loin et considère même cet état comme le néant juridique. Mais n'est-ce pas là, toutefois, le domaine propre du droit éventuel ? » (46).

Demogue, en effet, range du côté de la simple expectative « le droit que je puis avoir sur le patrimoine d'un parent encore vivant dont j'espère hériter » (47). Mais Titulesco nous laisse dans l'incertitude : « Les pactes sur successions futures étant prohibés par les art. 791 et 1130, les droits éventuels provenant des successions sont sans intérêt ; or, pour plus de simplicité, disons ici qu'il n'y a pas de droits éventuels résultant des successions » (48). C'est une attitude de défaitisme juridique qui consiste à rejeter le problème de peur d'avoir à le résoudre.

Pour Lecompte, même « l'héritier réservataire, avant l'ouverture de la succession, n'a pas de droit sur celle-ci ; il n'a qu'une simple expectative, il ne possède qu'un espoir, celui de pouvoir devenir propriétaire d'une fraction

(46) BERNARD, *op. cit.*, p. 33.

(47) DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1905, p. 724.

(48) TITULESCO, *op. cit.*, p. 16.

des biens héréditaires » (49). A fortiori, l'héritier simplement présomptif.

Eygout voit là au contraire un véritable droit éventuel, dans une analyse très subtile de la situation : « N'importe qui ne peut pas succéder ab intestat à n'importe qui. Il faut nécessairement qu'il y ait entre lui et le de ejus un certain lien de parenté. C'est ce lien de parenté, simple rapport de fait entre deux individus qui crée un droit éventuel au profit de l'autre, subordonné à l'événement futur et incertain du prédécès de ce dernier. Ce droit éventuel se précise encore davantage quand, à la circonstance du lien de parenté, vient s'ajouter la qualité de réservataire chez l'héritier en question ; il ne peut plus alors être dépouillé de son droit, même par testament. Certains réservent même, sans grande raison d'ailleurs, à cette dernière hypothèse le nom de droit éventuel » (50).

d) *Définition de l'expectative*

Pour sortir de cette véritable confusion où se trouve actuellement la doctrine, il faut s'attaquer à la base du mal, c'est-à-dire définir l'expectative. Nous connaissons déjà un certain nombre des éléments qui caractérisent cette notion ; si nous voulons donc désormais avancer dans l'étude du droit futur, c'est le moment de fixer définitivement le sens de cette expression, de nous jeter à l'eau, puisque d'autres ne l'ont pas fait avant nous.

(49) Lecompte (Henri), *Essai sur la notion de faculté en droit civil*, thèse Paris, 1930, p. 115.

(50) EYGOUT, op. cit., p. 76.

Par expectative, nous entendrons l'espérance d'un avantage sur lequel il est impossible d'avoir une visée juridique actuelle, par l'absence de toute connexité de droit avec le présent, qui la caractérise.

Cette définition est peut-être encore imparfaite, mais elle permettra de fixer les idées sur cette question, ce qui était urgent. Elle montre comment l'expectative n'étant pas un bien au sens juridique du terme, ne saurait avoir une valeur patrimoniale quelconque ; les auteurs allemands parlent alors d'une incapacité d'être dans le commerce juridique, ce que nous traduisons par : impossibilité d'être l'objet d'une cession.

2° RECHERCHE D'UN CRITERE DE DISTINCTION

Nous avons vu l'embarras de la doctrine pour placer certaines situations sous la rubrique expectative ou droit éventuel, et spécialement le cas typique de l'héritier présomptif n'a pu trouver une place définitive ni sous l'une ni sous l'autre.

Les auteurs qui, comme Eygout, ont analysé cette situation, y voient plus qu'une expectative, et se refusent à la classer ailleurs que parmi les droits éventuels. Mais alors on se heurte à la conception que nous avons critiquée : « Les droits éventuels, s'ils occupent une place inférieure dans l'échelle des droits, sont cependant des droits » (51). On comprend dès lors parfaitement le recul d'une grande

(51) JOSSERAND (Louis), *Sur la nature juridique des donations entre époux lorsqu'elles portent sur des biens à venir* (D. H., 1930, chronique, p. 23).

partie de la doctrine devant cette conséquence, et la position qui consiste à soutenir que même « l'héritier réservataire, avant l'ouverture de la succession, n'a pas de droit sur celle-ci » (52) ; la conclusion logique suit d'ailleurs : « il n'a qu'une simple expectative » (52). Cette conclusion que nous critiquons, était pourtant fatale, puisque le choix était réduit à deux alternatives aussi inexactes l'une que l'autre.

Dans la théorie du droit éventuel, droit déjà né, la distinction paraît aisée à établir avec l'expectative ; la marge de séparation est grande ; mais les solutions qu'on obtient alors n'ont rien de satisfaisant ; nous avons vu également que cette théorie avait l'inconvénient de rapprocher tellement le droit éventuel du droit conditionnel qu'on arrivait à les confondre.

On nous objectera peut-être alors : la théorie du droit futur que vous proposez a certes l'avantage de distinguer nettement ce droit du droit conditionnel, mais ne va-t-on pas tomber dans l'excès inverse en aboutissant à une confusion de fait entre droit futur et expectative ?

Nous ferons d'abord remarquer qu'auparavant la distinction entre droit éventuel et expectative n'avait rien de si remarquable, puisque bien des auteurs confondaient ces deux notions flottantes : « Le droit éventuel est quelque chose de vague qui ne figure pas encore dans notre patrimoine : c'est une expectative » (53). Nous relevons cette phrase, parce qu'elle est typique ; mais on retrouve

(52) LECOMPTE, *op. cit.*, p. 115.

(53) BERNARD, *op. cit.*, p. 15.

la même idée chez bien des auteurs qui ne l'on pas extériorisée aussi crûment.

Pas plus qu'une définition de l'expectative, aucun critère satisfaisant n'avait été trouvé pour distinguer les deux notions voisines. Seuls Demogue et Titulesco ont essayé de définir le droit éventuel par opposition à l'expectative : « Dès que l'élément capital — volonté unilatérale et bilatérale, ou manquement à une obligation préexistante — d'un droit pur et simple existe, il n'y a plus expectative, mais droit reconnu par la loi et que l'on est convenu d'appeler éventuel » (54). Nous avons vu tout ce que cette définition avait d'inexact et d'insuffisant, laissant justement de côté la situation de l'hériter présumptif et dissociant les droits éventuels conventionnels et légaux pour lesquels elle donne des critères différents.

Cet essai était peut-être malheureux, mais nous devons nous incliner devant lui, car nous sommes obligés de reconnaître que c'est le seul qu'ait engendré la doctrine jusqu'à ce jour.

Nous n'avons donc aucune raison de nous accrocher à la théorie du droit éventuel, qui non contente de confondre ce droit avec le droit conditionnel n'arrivait même pas à le distinguer de la notion d'expectative.

La théorie du droit futur nous donne au contraire à tous points de vue satisfaction ; nous avons vu qu'il était aisé de le séparer du droit conditionnel, puisque le droit futur n'est pas né. Il est d'autre part non moins facile de le séparer de la notion d'expectative.

(54) TITULESCO, *op. cit.*, p. 16.

L'expectative se caractérise par l'absence de toute connexité de droit, de tout lien juridique avec le présent. *Le droit futur au contraire trouve sa base dans une situation juridique préexistante qui lui confère sa valeur patrimoniale, et qui se résume en un rapport personnel,* ainsi que nous le verrons. Le droit futur est un droit inachevé : il peut donc lui manquer un ou plusieurs éléments ; l'essentiel, c'est qu'il existe au moins un élément juridique pour former la situation juridique préexistante et le distinguer de l'expectative.

Prenons le cas du droit futur de l'ouvrier à une rente en cas d'accident du travail ; il trouve sa base dans le contrat de louage de services. Il y aurait expectative à une telle rente, si aucun contrat de louage de services ne liait encore l'ouvrier à un employeur. Mais en outre, la loi exige pour que le droit naisse, deux autres éléments en dehors du contrat : l'accident et le dommage ; après l'accident, si le dommage n'apparaît pas encore, c'est toujours un droit futur, à un stade plus avancé seulement, puisqu'il ne manque plus qu'un élément : sa valeur patrimoniale est renforcée.

De même le droit futur à pension alimentaire trouve sa base dans la situation de famille actuelle de l'individu considéré, en tant qu'elle est définie par la loi comme situation juridique susceptible de fonder ce droit de créance, c'est-à-dire en ligne directe ou entre époux. Par contre le célibataire qui n'a plus d'ascendants ne peut avoir vis-à-vis de ses frères et sœurs qu'une expectative, pour le cas où la loi donnerait un caractère juridique à

cette situation de famille, la reconnaîtrait susceptible de fonder un droit à pension alimentaire.

On conçoit dès lors que l'analyse de la situation de l'héritier présomptif ne présente plus aucune difficulté. Il a un droit futur à la succession du de cujus, en tant qu'il trouve sa base dans la situation de famille actuelle de l'individu considéré, définie par la loi comme situation juridique susceptible de fonder ce droit, c'est-à-dire jusqu'au sixième degré (art. 755 C. Civ.). L'individu qui n'a de parents qu'au-delà du sixième degré n'a qu'une expectative à leur succession. Par contre le droit futur se précise encore davantage quand, à la circonstance du lien de parenté, vient s'ajouter la qualité de réservataire chez l'héritier en question. L'héritier réservataire, comme l'héritier présomptif a un droit futur ; seulement ces droits futurs sont à des stades différents, ils n'ont pas la même valeur patrimoniale. Notre position sur cette question se rapproche donc singulièrement de celle d'Eygout ; seulement alors qu'il ne considère la parenté que comme un rapport de fait, nous l'envisageons comme un rapport de droit, en tant qu'il est défini par la loi.

Il est à remarquer que dans les droits futurs légaux, la situation juridique préexistante qui les distingue de l'expectative est variée et diffère suivant chaque cas. Par conséquent nous aurions pu varier à l'infini les exemples que nous venons de donner. Au contraire, dans les droits futurs conventionnels, cette situation se résume en un véritable droit : l'anwartschaft. Mais notre critère de distinction est tout à fait général, et valable pour l'ensemble des droits futurs.

3° LE PASSAGE DE L'EXPECTATIVE AU DROIT FUTUR

Nous venons de voir que ce qui distingue en définitive l'expectative du droit futur, c'est l'existence chez ce dernier d'une relation, d'un rapport de droit avec un tiers, en tant que ce rapport de droit est défini par la loi comme susceptible de former un élément du droit pur et simple. Si cet élément fait défaut, nous nous trouvons de toutes façons en présence d'une expectative, même si les autres éléments du droit se trouvent réunis.

C'est ce qui nous fait dire que le droit futur trouve sa base dans une situation juridique personnelle : un rapport de droit entre deux personnes. Ce rapport de droit peut être soit un droit véritable — c'est le cas de l'anwartschaft dans le droit futur conventionnel, — soit un simple élément du droit pur et simple en vue.

Il nous est désormais facile de déterminer comment se réalisera le passage de l'expectative au droit futur : il suffit de faire apparaître ce rapport de droit. Or si l'on se reporte aux principes généraux, on constate que seul le contrat ou la détermination de la loi peut faire apparaître cet effet.

Par exemple sur la chose d'autrui, je n'ai actuellement qu'une expectative, car il m'est impossible d'avoir sur cette chose une visée juridique actuelle. Mais si je m'engage dans les liens d'un contrat avec le propriétaire de cette chose relativement à celle-ci, j'ai un droit d'anwartschaft dès que la relation contractuelle s'établit, avant même que le contrat ne soit achevé.

Nous nous opposons par là à la théorie de Huc qui soutient qu'« une spes actionis ou simple expectative ne peut être considérée comme existant dans le patrimoine du sujet qu'en vertu d'une détermination émanée du sujet lui-même dans une forme juridique » (55). Huc soutient en effet le passage de l'expectative au droit futur par une détermination unilatérale de l'individu ; toutefois il se contredit aussitôt, car cette forme juridique dont il parle, c'est le contrat, donc l'intervention d'un tiers, donc une relation juridique personnelle ; la détermination n'a finalement plus rien d'unilatéral.

Mais ce n'est pas seulement l'entreprise d'un contrat qui est susceptible de faire passer de l'expectative au droit futur. La détermination de la loi peut également produire cet effet. Par exemple le célibataire qui n'a plus d'ascendants n'a vis-à-vis de ses frères et sœurs qu'une expectative à une pension alimentaire. Mais la loi peut, d'un moment à l'autre, donner un caractère juridique à cette situation de famille et la reconnaître susceptible de fonder un droit futur.

Il faut d'ailleurs remarquer qu'on peut passer ainsi directement de l'expectative au droit pur et simple, si les éléments du droit sont déjà réalisés chez les individus dont le rapport de parenté acquiert le caractère d'élément juridique du droit du fait de la loi nouvelle. Par exemple, le célibataire peut être déjà indigent, et ses frères fortunés, de telle sorte que dès la promulgation de la loi,

(55) Huc, op. cit., p. 78.

il aura un droit pur et simple à pension alimentaire, tous les éléments étant alors réunis.

Paragr. IV. — Définition et classement des droits futurs

Après avoir opposé le droit futur aux notions voisines de droit conditionnel et d'expectative, nous sommes amenés à constater qu'au fond la notion de droit futur n'est guère qu'un perfectionnement de celle du droit éventuel. C'est ce qui apparaîtra encore davantage en définissant et classant ces droits futurs.

1° DÉFINITION DU DROIT FUTUR

Une définition rigoureuse est indispensable non seulement pour résumer nos développements antérieurs, mais encore pour fixer sans équivoque la notion de droit futur. C'est pour n'avoir pas vu ce rôle capital de la définition que les auteurs qui se sont occupés du droit éventuel ont été impuissants à empêcher cette notion de tomber dans la plus profonde anarchie.

Le droit futur est celui dont la naissance dépendant de l'arrivée d'un ou de plusieurs éléments exigés comme tels par la loi, trouve cependant sa base dans une situation juridique personnelle préexistante, qui lui confère sa valeur patrimoniale.

Le droit futur est irréductible à un droit affecté d'une modalité comme à l'expectative. Tout essai de synthèse entre ces notions se heurterait à la définition ci-dessus.

Le droit futur n'est pas un droit à effets futurs : c'est

un droit qui n'est pas né. Nous nous opposons vigoureusement à la théorie de la formation successive du droit : un contrat peut certes produire des effets avant d'être parfait, mais un droit ne peut naître que lorsque le dernier des éléments exigés par la loi est venu s'ajouter aux autres, et ces éléments doivent alors être tous réunis au même moment. Nous ne voulons évidemment pas dire par là que tous les éléments du droit doivent se réaliser au même moment ; ils peuvent se réaliser en plusieurs fois, sinon la notion même de droit futur serait contradictoire et impossible ; nous voulons dire seulement que ces éléments doivent être tous réalisés au même moment pour que le droit existe à ce moment-là.

Notre intransigeance à l'égard de la théorie de la formation successive du droit n'a eu pour but que d'éviter toute équivoque, mais il ne faudrait pas tomber dans une nouvelle erreur. Aussi cette précision, qui pour beaucoup semblera superflue, était-elle nécessaire ici.

Notre définition appelle une autre remarque. L'élément exigé comme tel par la loi peut être non seulement l'un des éléments communs à tous les droits — objet, capacité, cause, consentement, — mais encore un élément exigé par la loi pour la naissance d'un droit spécial, élément qui vient alors s'ajouter aux éléments habituels ; ce peut être dans ce cas, soit une *condicio juris*, comme par exemple la célébration du mariage dans le contrat de mariage, soit un terme de droit, comme par exemple la mort du *de cuius*, qui est un terme incertain exigé par la loi pour la naissance du droit de succession.

Il est à remarquer également que le principe de l'autonomie des volontés domine les droits futurs conventionnels : les contractants sont libres d'insérer une clause de terme ou de condition destinée à modifier les effets du droit dès sa naissance. On ne peut parler alors de droit futur à terme ou conditionnel pour caractériser cette situation, car le droit futur n'existe pas et d'autre part la modalité étant une manière d'être ne s'applique qu'à ce qui existe ; une telle expression serait défectueuse, contradictoire dans les termes. Et pourtant quelle terminologie adopter pour désigner toutes ces diverses situations, surtout si l'on songe que le droit d'anwartschaft lui-même peut être affecté d'une telle modalité ? La langue juridique actuelle semble insuffisante pour distinguer toutes ces nuances qui ont cependant leur importance. Si c'est en effet l'anwartschaft qui est à terme, la situation juridique est beaucoup moins forte que si le terme n'est prévu que comme modalité du droit à sa naissance ; prenons par exemple la promesse de vente d'un immeuble en date du 15 juillet : dès cette date le bénéficiaire a un droit futur à cet immeuble, c'est-à-dire a une anwartschaft à la propriété de cet immeuble qui lui permet d'en devenir propriétaire quand il veut. Si l'on l'a stipulé un droit d'anwartschaft à terme fixé au 1^{er} janvier suivant, le bénéficiaire de la promesse ne pourra avant cette date poursuivre la réalisation de son droit futur, c'est-à-dire ne pourra pas donner son consentement à la vente : il n'aura jusqu'au 1^{er} janvier qu'un droit futur, sera dans une situation juridique instable ; à partir du 1^{er} janvier, il pourra devenir propriétaire quand il voudra, mais tant

qu'il n'aura pas donné son consentement, il n'aura toujours qu'un droit futur.

Supposons au contraire que le terme ait été prévu comme modalité du droit à sa naissance par une clause de ce genre : si le droit naît avant le 1^{er} janvier, il sera affecté d'un terme jusqu'à cette date. La situation du bénéficiaire de la promesse est alors beaucoup plus forte : le créancier-futur peut, en demandant dès maintenant conclusion pour l'époque du terme, acquérir un droit à terme ordinaire qui lui assure une protection efficace de son droit. Il peut avoir dès maintenant, 15 juillet, la propriété de l'immeuble, tandis que dans le cas précédent, il ne pouvait pas l'avoir avant le 1^{er} janvier. On peut à la rigueur parler dans le premier cas de droit futur à anwartschaft à terme, et dans le second de droit à terme futur.

Enfin nous apporterons une dernière précision à notre définition. Le droit futur, avons-nous dit, trouve sa base dans une situation juridique personnelle préexistante, qui lui confère sa valeur patrimoniale. C'est ce qui explique que par un excès de langage difficile à éviter, nous parlions du titulaire du droit futur, d'une personne qui a un droit futur ; il est bien évident qu'elle n'a pas le droit futur, puisqu'il n'est pas encore né ; elle n'a que la valeur patrimoniale qui est à la base du droit futur, elle a en un mot la situation juridique future dans son ensemble ; c'est ce que nous entendrons désormais par titulaire du droit futur.

2° CLASSEMENT DES DROITS FUTURS

Nous n'avons pas l'intention de donner une liste détaillée de ces situations juridiques futures. Demogue et Titulesco s'en sont chargés assez abondamment pour que nous puissions nous en dispenser ici ; d'autre part toute liste en cette matière aurait l'inconvénient d'être forcément incomplète, car on conçoit sans peine d'après nos développements antérieurs que les droits futurs peuvent être innombrables.

Nous nous contenterons donc d'un classement sommaire qui permettra de mettre un peu d'ordre dans ces situations si diverses.

a) *D'après leur origine*, on peut distinguer les droits futurs conventionnels et les droits futurs légaux. Cette classification est exhaustive, car les droits futurs qui ont leur base par exemple dans un quasi-délit sont des droits futurs légaux. Si un automobiliste cause un accident, la victime a un droit actuel à indemnité pour le dommage subi, et un droit futur pour le dommage susceptible de se révéler dans la suite ; ce droit futur a sa base dans l'accident en tant qu'il est défini par la loi comme créant un rapport de droit entre son auteur et la victime.

Il n'y a donc pas à distinguer, comme pour le droit pur et simple, entre contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit et la loi. Remarquons d'ailleurs qu'à la loi il faut assimiler les constructions jurisprudentielles ayant force de loi, bien que non consacrées par une loi : c'est le cas de la présomption de responsabilité qu'édicte la jurispru-

dence à l'encontre de l'automobiliste ; pour bien des auteurs, on est désormais en dehors de l'art. 1384 C. Civ. qui n'a pu envisager une telle extension de sa sphère d'application.

Parmi les droits futurs conventionnels, on peut faire une nouvelle division en considération de l'élément manquant ; c'est le point de vue auquel se sont placés Demogue et Titulesco qui énumèrent les droits futurs quant à l'objet, les droits futurs quant au consentement, les droits futurs quant à la capacité des parties et les droits futurs quant à la cause. Toutefois cette dernière catégorie n'a pas eu le don d'inspirer Demogue, comme les autres ; troublé peut-être par la lutte des auteurs causalistes et anti-causalistes, il passe rapidement sur cette question en se bornant à nous dire, comme le fait Titulesco, qu'il n'y a peut-être pas de droits futurs quant à la cause, ou du moins qu'ils sont négligeables. Ce point de vue nous semble inexact ; la cause de l'obligation peut se trouver future : la loi l'admet pour la provision de la lettre de change qui peut être future jusqu'à l'échéance de cette lettre (art. 116 C. Comm.) ; d'autre part on peut contracter sur une chose illicite pour le jour où la loi la déclarera licite ; enfin dans la plupart des contrats successifs synallagmatiques, les obligations réciproques se servent de réplique à tout moment : « elles naissent à chaque instant et la loi de la causalité fonctionne en permanence » (56) ; en conséquence, ces contrats servent de

(56) JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome II, n° 33 bis, p. 22.

base à des droits futurs quant à la cause.

Les auteurs allemands admettent en général cette notion de cause future. C'est ainsi qu'on peut lire dans von Tuhr : « On peut convenir d'une cause éventuelle pour le cas où la cause en vue en première ligne ne se réaliserait pas. Si par exemple quelqu'un a un compte en banque et prélève une somme, la banque paie tant que l'avoir du client suffit, *causa solvendi*, dans la mesure où cet avoir est dépassé, *causa credendi*. De même lors d'une prestation sur créance future, on peut convenir que la prestation, pour le cas où la créance ne naîtrait pas, vaudra comme prêt ou comme donation ; par exemple une dot peut être donnée dans l'esprit que, en cas de non-réalisation du mariage, la fille conservera la prestation en tant que donation » (57).

b) Von Ohmeyer propose également une classification des droits futurs *d'après leur relation plus ou moins prononcée avec le présent*, donc d'après leur valeur patrimoniale. Mais nous ne pourrions l'utiliser, car au sommet, il place de véritables droits à terme telle que « la propriété future du créancier à la chose que doit lui livrer le débiteur en vertu d'une créance de restitution » (58), et il termine par de véritables expectatives, qu'il oppose d'ailleurs aux autres catégories. C'est en général la classifi-

(57) TUHR (Andreas von-), *Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft*, X, 1, III. Band, p. 85 : « Auch kann für den Fall, dass die in erster Linie beabsichtigte causa sich nicht verwirklicht, eine andere, eventuelle, causa der Zuwendung verabredet sein. Wenn z. B. jemand mit einer Bank in laufen-

cation qu'on retrouve, à quelques variantes près, chez tous les auteurs allemands qui ont traité la question.

c) Enfin, en se plaçant *au point de vue subjectif de la qualité du titulaire du droit*, on divise les droits futurs en droits non encore nés et droits non encore acquis. Le droit d'autrui n'est futur, c'est-à-dire non encore né, que par rapport au patrimoine de l'individu considéré ; objectivement, c'est déjà un droit pur et simple. Mais il faut remarquer ici que pour nous le droit d'autrui n'est futur que lorsqu'on peut voir un rapport personnel entre individus, autrement, il n'a pour une autre personne que son titulaire actuel, aucune valeur patrimoniale, c'est une expectative. Par exemple je n'ai un droit futur sur l'immeuble de mon voisin, c'est-à-dire sur le droit de propriété de mon voisin à son immeuble, que si je suis par exemple bénéficiaire d'une promesse de vente de sa part, ou encore si je suis uni à lui par un lien de parenté tel que je sois un jour appelé à lui succéder par la loi. Au contraire le droit futur de l'ouvrier à une rente en cas

der Rechnung steht und eine Summe erhebt, so zahlt die Bank, soweit das Guthaben des Kunden reicht, causa solvendi, soweit das Guthaben überschritten wird, causa credendi. Ebenso kann bei Leistung auf künftige Forderung verabredet werden, dass die Leistung, falls die Forderung nicht zur Entstehung kommt, als Darlehen oder als Schenkung gelten soll ; z. B. kann eine Aussteuer in dem Sinn gegeben werden, dass die Tochter bei Nichtzustandekommen der Ehe die Zuwendung als Schenkung behalten solle. »

(58) Von OHMEYER, op. cit., p. 18 : « Das künftige Eigentum des Gläubigers an der ihm vom Schuldner kraft Herausgabeanspruchs zu leistenden Sache. »

d'accident du travail est un droit non encore né ; il ne présente encore aucun titulaire actuel en tant que pur et simple : il n'est pas ici question de droit à acquérir d'autrui, mais de droit à naître. En un mot, il s'agit ici non plus d'une naissance relative, mais d'une naissance absolue.

APPENDICE. — EXEMPLES DE DROITS FUTURS

Nous nous proposons ici d'analyser quelques situations juridiques futures, importantes en pratique, mais dont la nature véritable n'a pu jusqu'à présent être dégagée d'une façon satisfaisante par la doctrine. L'examen de ces quelques cas particuliers formera une illustration de nos développements antérieurs sur le droit futur.

1° LE DROIT AU DIVIDENDE DE L'ACTIONNAIRE DANS UNE SOCIÉTÉ

Comme le droit à une part de l'actif social lors de la dissolution de la société, le droit au dividende est un droit futur qui trouve sa base dans le contrat de société ; c'est le but même de ce contrat que de tendre à la naissance de tels droits, et c'est ce qui le distingue du contrat voisin d'association. Mais ces droits ne sont pas nés, car leur objet est encore futur : à quel moment pourra-t-on donc considérer cet objet comme existant et le droit comme formé ?

En ce qui concerne le dividende, une difficulté apparaîtrait. On entend par là une part des bénéfices réalisés par la société durant une année commerciale ; ce bénéfice

résulte par suite d'un arrêt annuel des comptes, arrêt conventionnel et arbitraire, car dans la réalité les opérations sociales sont ininterrompues. Ces comptes, inventaire et bilan, doivent être présentés par le Conseil d'administration à l'Assemblée générale chargée de les approuver et de prendre une résolution sur le dividende. Tant que ces deux opérations, arrêt des comptes et vote de l'Assemblée générale, ne sont pas acquises, l'actionnaire n'a sur le dividende qu'un droit de créance futur dont l'anwartschaft est à terme, car il ne peut être transformé en droit présent avant la fin de l'exercice.

Mais la situation peut encore se compliquer si une clause des statuts ou la décision de l'Assemblée générale donne au Conseil d'administration le pouvoir de fixer à une date ultérieure la mise en distribution de ce dividende, lorsque l'état de la trésorerie permettra de trouver l'argent liquide sans gêne pour le fonctionnement de la société. Ainsi que l'a fort bien analysé M. Vincent, le droit au dividende est alors acquis, mais il est affecté d'un terme : « On a vu parfois, dans une clause de ce genre, une condition suspensive mise au paiement du dividende... En réalité, ces clauses semblent, bien plutôt, jouer le rôle d'un terme incertain, et n'avoir d'autre but et d'autre effet que de retarder l'exigibilité du droit » (59).

(59) VINCENT (Jean), La nature des prérogatives conférées à l'actionnaire sur le dividende par le vote de l'Assemblée générale (*Rev. gén. de droit commercial*, mars-avril, 1939, p. 273).

Done, puisqu'en l'absence d'une telle clause, le droit de l'actionnaire au dividende est un droit de créance futur dont l'anwartschaft est à terme, il s'analyse désormais en un droit de créance à terme incertain futur à anwartschaft à terme : sept mots dont un étranger, pour qualifier cette situation ; que notre langue juridique est donc insuffisante et mal faite ! C'est ce que constatait déjà Wahl lorsqu'il définissait l'action un droit de créance : « C'est uniquement à cause de la pauvreté de notre langue juridique, que l'action a pu et dû être qualifiée de créance, car plusieurs des caractères les plus essentiels des créances lui sont refusés » (60).

2^e LE DROIT DE L'APPELÉ DANS LES SUBSTITUTIONS PERMISES

La situation juridique de l'appelé a donné lieu à de nombreuses discussions. Certains lui refusent la qualité d'héritier présomptif : « L'appelé n'est pas en effet l'héritier du grevé, pas plus que du donateur », nous dit Nast (61). « Son droit n'est pas un simple droit éventuel. Donataire de l'auteur de la substitution, il a un véritable droit conditionnel ». C'est conforme, semble-t-il, à la tendance actuelle de la jurisprudence (62).

(60) WAHL (Albert), Le droit des actionnaires au dividende voté par l'Assemblée générale (*Journal des Sociétés*, mars 1934, p. 145).

(61) NAST (Marcel), Etude sur la prohibition des pactes sur succession future (thèse Paris, 1905, p. 210).

(62) Cf. Cass., 5 juin 1918 (S., 22-1-25 ; D. P., 19-1-90) ; Cass. civ., 10 juin 1918 (S., 22-1-25) ; Paris, 14 janv. 1926 (D. P., 28-2-9).

Mais la doctrine récente réagit contre cette tendance : « Nous estimons que les appelés n'ont pendant la vie du grevé qu'un droit éventuel et que la jurisprudence fait actuellement fausse route » (63) ; et Bouzat ajoute : « Si pendant la jouissance du grevé, la situation des appelés est semblable à celle d'un propriétaire conditionnel, ce n'est là qu'une simple apparence. Nous nous appuyons sur cette idée générale que le disposant a seulement voulu protéger les vocations héréditaires normales et non les troubler. Les appelés ont donc le droit de recevoir, à la mort du disposant, les biens substitués, *mais n'ont pas un droit préexistant sur ces biens* » (63). C'est la position également de Bruant : « Entre le droit de l'appelé et celui de l'héritier réservataire présomptif, il y a différence de degré, non de nature » (64).

Cette position correspond bien à celle de la loi : « Les droits des appelés seront ouverts à l'époque où, par quelque cause que ce soit, la jouissance de l'enfant, du frère ou de la sœur, grevés de restitution, cessera » (art. 1053 du Code Civil). Auparavant, il n'y a qu'un droit futur.

Ces substitutions permises constituent une exception importante à la règle de la prohibition des pactes sur successions futures, exception qui, jointe à celle qui résulte du jeu bien connu de l'institution contractuelle, contribue à donner, n'en déplaie à Titulesco, un intérêt

(63) BOUZAT, op. cit., p. 141 et 142.

(64) BRUANT (Roger), De la condition des biens grevés de substitution permise (Thèse Paris, 1938, p. 170) : il rapporte une note sous Paris, 14 janv. 1926 (*D. P.*, 28-2-9).

non négligeable aux droits futurs provenant des successions.

3° LA PROMESSE DE VENTE

La promesse de vente est à la base d'un droit futur au profit de son bénéficiaire, dont le consentement manque encore pour la perfection du contrat. Demogue et Titulesco, pour lui accorder l'effet rétroactif, ont fait de cette convention inachevée un véritable contrat conditionnel : « La promesse de vente, loin d'être seulement un contrat unilatéral, un contrat à moitié bâti, peut encore s'analyser en un contrat parfait soumis à une condition spéciale, un nouvel acte de volonté de la part de l'acheteur » (65).

Mais Demogue a évolué, et quelques années après avoir formellement doté la promesse de vente de l'effet rétroactif, il écrit : « Les auteurs admettent avec la jurisprudence que le droit du bénéficiaire n'est qu'un droit personnel » (66) ; ou encore : « Le bénéficiaire n'a qu'un droit personnel qu'il ne peut opposer à l'acquéreur qui a acheté du vendeur avant l'acceptation » (67). Que nous sommes loin désormais du droit réel éventuel ! Nous savons également que la plupart des auteurs récents admettent que « la promesse de contrat est une étape dans la

(65) TITULESCO, op. cit., p. 325.

(66) DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris, 1923, tome II, p. 92, n° 520.

(67) DEMOGUE, p. 94, n° 521.

formation du contrat » (68).

Le droit futur ainsi esquissé peut être affecté d'une modalité, et c'est même fréquent dans la pratique. Par exemple la promesse de vente d'un immeuble adjointe à un bail du même immeuble, et réalisable seulement à l'expiration de ce bail : on se trouve alors en présence d'un droit à terme futur ; c'est le droit à sa naissance qui est affecté du terme, et non l'anwartschaft comme dans le droit de l'actionnaire au dividende ; par conséquent il dépend du bénéficiaire de cette promesse, en demandant dès maintenant conclusion pour l'époque du terme, d'acquérir un droit à terme ordinaire.

Le droit futur peut être de même affecté d'une condition : c'est l'origine du droit de préemption bien connu dans la pratique ; le promettant offre de vendre s'il le veut et si le bénéficiaire concède des prix et avantages égaux à ceux des tiers qui sont sur les rangs. Il est bien évident qu'il n'y a pas là une condition purement potestative, puisqu'elle dépend aussi bien des offres du bénéficiaire que de la volonté du promettant, par conséquent l'opération est parfaitement licite ; on se trouve en présence d'un droit conditionnel futur. Les auteurs qui avaient analysé cette situation, et notamment Mauzac, avaient bien remarqué qu'il ne s'agissait pas là d'une promesse de vente ordinaire ; on trouve souvent dans les statuts des sociétés une clause de préemption des actions en faveur de certaines personnes, en général membres du

(68) SABATIER, *op. cit.*, p. 51.

Conseil d'administration, qui veulent ainsi éliminer des influences étrangères possibles. On a vu parfois dans l'insertion d'une telle clause une véritable promesse de vente : « C'est une erreur, nous dit Mauzac. En effet, si l'on analysait ainsi l'opération qui nous occupe, du fait que l'actionnaire a manifesté l'intention de vendre, qu'il veut réaliser cette vente et que le tiers proposé ne serait pas agréé, il serait obligé de s'exécuter. La promesse de vente deviendrait pure et simple et devrait aboutir à la vente. Or l'actionnaire n'est jamais obligé de vendre, il peut encore rester dans la société, si la cession de ces actions aux bénéficiaires ne lui plaît pas » (69). Et il conclut au « caractère *sui generis* de ce droit » (70), ce qui montre son embarras. Ces remarques sont fort pertinentes en réalité, si l'on considère le pacte de préférence comme une promesse de vente ordinaire, mais tombent si l'on y voit une promesse de vente conditionnelle, ce qui est techniquement la vraie nature de l'opération.

Avant de terminer ces développements sur la promesse de vente, nous voulons dire quelques mots de l'offre de contrat, cette opération juridique bien connue des auteurs qui ont étudié les questions relatives à la responsabilité précontractuelle. Pour nous, l'offre de contrat qui s'adresse au public n'engendre qu'une expectative car le rapport personnel constitutif du droit futur conventionnel n'est pas encore créé : c'est le cas de l'offre de con-

(69) MAUZAC (Louis), Le droit de préemption en matière civile et commerciale (thèse Montpellier, 1935, p. 64).

(70) MAUZAC (Louis), p. 69.

trat permanente au public, qui résulte des étalages et devantures des magasins, ainsi que l'usage des catalogues envoyés à la clientèle éventuelle. Une rétractation injustifiée de l'offre de contrat ne donnera lieu à des dommages-intérêts que dans la mesure où l'offrant sera en pourparlers avec *un* individu, car c'est alors seulement qu'on verra apparaître le rapport contractuel caractéristique du droit futur. La situation ressemble fort alors à celle qui résulte d'une promesse de contrat ; la seule différence pratique avec cette dernière, c'est que le prix et les modalités du contrat en vue ne sont pas forcément fixés définitivement, et que d'autre part un délai est presque toujours stipulé, passé lequel l'offre non acceptée devient caduque.

DEUXIEME PARTIE

**LES ACTES DE DISPOSITION
RELATIFS
AUX DROITS FUTURS**

Nous venons d'étudier la notion de droit futur, et nous avons vu que cette expression se rapportait plutôt à une situation juridique qu'à un véritable droit. D'autre part nous avons mis en relief que cette situation, à la différence de l'expectative, a une valeur patrimoniale ; elle a donc ce que les auteurs allemands appellent la « capacité d'être dans le commerce juridique » (1), c'est-à-dire de faire l'objet d'une cession ou de tout autre acte de disposition moins caractérisé.

C'est sous cet angle désormais que nous allons étudier le droit futur, en tant qu'objet d'une cession. Mais nous savons déjà qu'un acte juridique dont l'objet est futur ne donne naissance qu'à la situation juridique future que nous avons appelée droit futur. Que cet objet soit donc un droit futur, une créance future ou une chose future, le résultat sera le même, les mêmes problèmes se poseront, les mêmes effets se dérouleront. Aussi, pour plus de simplicité, et pour éviter les confusions qu'engendrerait inévitablement ce droit futur qui a sa base dans une disposition sur un autre droit futur, nous ne nous occuperons dans la suite que des choses futures ; nous ne sortirons ainsi pas du cadre de nos développements,

(1) Die Verkehrsfähigkeit. Cf. VON OHMEYER, op. cit., p. 17.

puisque chose future signifie aussi bien objet matériel futur qu'objet juridique, c'est-à-dire droit futur.

Enfin, parmi les actes de disposition, la cession sera le seul que nous retiendrons, car c'est le plus caractéristique : c'est l'acte de disposition par excellence. Mais avant d'en examiner le fonctionnement, il est indispensable d'en déterminer la possibilité en droit positif. Si la loi n'admet pas de tels actes sur les droits futurs, à quoi bon perdre son temps à en détailler le mécanisme théorique ?

CHAPITRE PREMIER

Admissibilité de tels actes

Nous savons que chose future est une expression qui en soi signifie aussi bien chose non encore née ou chose à naître que chose à acquérir ; la chose d'autrui est une chose à naître relativement au patrimoine d'une personne à qui elle n'appartient pas : naissance relative. On oppose en général la chose d'autrui à la chose future, quoiqu'en définitive ce dernier concept englobe le premier. Théoriquement leur nature, en tant qu'objet d'un acte de disposition, est la même ; ce n'est qu'en droit positif qu'on trouve cette opposition ; mais même dans ce domaine, un examen attentif des textes nous montrera qu'une synthèse entre les deux notions n'est peut-être pas aussi impossible qu'on veut bien le dire.

Auparavant nous examinerons la question en droit allemand ; nous verrons que pour la doctrine, la difficulté ne s'est pas posée sous le même angle que chez nous ; le B. G. B. allemand et le C. Civ. français se révèlent en cette matière le complément l'un de l'autre, et l'exposé des solutions données par les auteurs allemands nous aidera à comprendre le droit français.

SECTION I. — LE DROIT ALLEMAND

Avant la promulgation du code civil de 1900, l'Allemagne vivait sous l'empire du droit romain, du *Corpus juris civilis* de Justinien. Comme le droit romain a également joué une certaine influence sur la législation française, nous aurons la curiosité de rechercher ce que les auteurs allemands ont pu y trouver concernant notre question ; puis nous étudierons rapidement le B. G. B. de 1900, et le travail de la jurisprudence et de la doctrine.

Paragr. I. — Etat de la question en droit commun

Les auteurs allemands appellent droit commun « *gemeines Recht* », le droit romain en vigueur avant la promulgation du B. G. B.

En droit commun, les créances conditionnelles étaient cessibles ; par contre un doute planait sur la question de la cessibilité des créances futures, car le « *corpus juris* » ne tranche nulle part directement cette question.

Le I 3 Cod (8, 53) parle d'une *spes futurae actionis* « *Spem futurae actionis plena intercedente donatoris voluntate posse transferri non immerito placuit.* » Mais l'expression est malheureusement trop imprécise, surtout si l'on songe qu'en d'autres endroits, notamment au I 73, § 1 D (35, 2) et au § 4 J (3, 15), « *spes actionis* » est mis pour « droit conditionnel ».

Le I 9 C (8, 17) nous donne une autre source indirecte : « *Super qua generali hypotheca illud quoque ad conser-*

vandam contrahentium voluntatem sancimus, ut si res suas supponere debitor discerit, non adjecto, tam præsentes quam futuras, jus tamen generalis hypothecæ, etiam ad futuras res producat. » Si par suite, il est possible de mettre en gage des créances non encore nées qui font partie du patrimoine futur, on peut par analogie conclure aussi à l'admissibilité de la cession. Mais seulement par analogie, car la mise en gage n'est pas une cession conditionnelle ou à effets restreints : « Par la mise en gage de la créance, on donne plutôt à celle-ci un autre ayant-droit dont la situation juridique est déterminée par le but du droit de gage », alors que « la cession a pour but de détacher du créancier actuel le droit de créance et de le transférer à un autre » (1).

Les deux institutions sont voisines, puisqu'il s'agit dans les deux cas d'actes de disposition sur la créance. Mais l'analogie d'un cas à l'autre n'est pas forcée, et en droit commun en définitive, « c'est une question des plus contestées que celle de savoir si le droit à une créance future peut être cédé » (2).

(1) MÜHLENBRUCH, p. 522, DEENBURG (Pfandrecht I), p. 463 : « Vielmehr wird durch die Forderungsverpfändung ein anderer Berechtigter mit einer durch den Zweck des Pfandrechts bestimmten Rechtsstellung in die Forderung aufgenommen, während die Zession darauf gerichtet ist, das Forderungsrecht von dem bisherigen Gläubiger abzulösen und auf einen anderen zu übertragen. »

(2) MÜHLENBRUCH, p. 259 : « Die Frage gehört unter die bestrittensten, ob das Recht auf eine künftige Forderung abgetreten werden könne. »

Toutefois la doctrine allemande de la fin du XIX^e siècle admettait en général la cession des créances futures ; en ce sens Baron, Dernburg, Vangerow, Sintenis, Holzschuher, Schlesinger. Mais il est important de constater que tous ces auteurs n'arrivaient pas à se mettre d'accord sur la notion même de créance future.

La jurisprudence du Tribunal d'Empire s'est ralliée à cette opinion dominante. Dans une décision de 1883, il dit notamment : « Non seulement les créances incertaines, mais déjà la simple perspective de créances futures seulement possibles, peuvent être l'objet d'une cession..., puisque le cessionnaire est en état de devenir maître également d'une créance aléatoire et même d'une simple attente de créance » (3).

Plus tard, en 1891 (4), le Tribunal d'Empire croit pouvoir établir que l'admissibilité des cessions de créances futures n'est plus contestée, le cessionnaire acquérant immédiatement la créance lors de sa naissance.

Paragr. II. — Le Code Civil allemand de 1900

Le B G B ne fait que des allusions aux choses futures ; par contre il consacre un paragraphe aux choses

(3) Reichsgericht 1883 (Bd. 8, S. 189 ff.) : « Nicht bloss die ungewissen Forderungen, sondern schon die blosse Aussicht auf künftige, nur mögliche Forderungen können Gegenstand einer Zession sein, da der Zessionar auch Herr einer eleatorischen Forderung und selbst einer blossen Forderungserwartung zu werden imstande ist. »

(4) Jur. Wochenschr., 1891, S. 137.

d'autrui dont il admet la cession : « La disposition d'un objet faite sans droit par une personne est valable, si elle a lieu du consentement de l'ayant-droit. La disposition est valable aussi, si l'ayant-droit la ratifie ou si le disposant vient à acquérir l'objet ou à hériter de l'ayant-droit et qu'il réponde sans limite des dettes héréditaires. Dans les deux derniers cas, si divers actes de disposition se contredisant et relatifs à cet objet ont eu lieu, les premiers seuls ont effet » (5).

On ne saurait être plus clair : on peut disposer valablement de la chose d'autrui, mais il manque un élément à cet acte juridique pour qu'il sorte son plein effet, le transfert : cet élément est le consentement ou la ratification de l'ayant-droit, ou l'acquisition postérieure de l'objet par le disposant.

Au contraire, en ce qui concerne les choses futures, « il faut partir du fait que la loi n'a pas réglé notre question expressément » (6). On ne peut de même dans les

(5) § 185 B G B : « Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt. Die Verfügung wird wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt oder wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt oder wenn er von dem Berechtigten beerbt wird, und dieser für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. In den beiden letzteren Fällen wird, wenn über den Gegenstand mehrere mit einander nicht in Einklang stehende Verfügungen getroffen worden sind, nur die frühere Verfügung wirksam. »

(6) DÖHRING, op. cit., § 10, p. 99 : « Auszugehen ist von der Tatsache, dass das Gesetz unsere Frage nicht ausdrücklich geregelt hat. »

Motifs et Protocoles (7) déceler le plus léger indice qu'on ait songé à la cession de créances futures. Toutefois Heuer (8) cite la phrase suivante des Protocoles : « Il arrive fréquemment que des établissements de crédit en accordant un crédit étendu à des fournitures à longues échéances, à des constructions de chemins de fer, etc., se font céder en garantie les prétentions qui reviennent au preneur de crédit contre le commettant » ; mais ainsi que le remarque Döhring, cette phrase « n'est pas déterminante, parce qu'elle convient également à des créances inconditionnelles naissant peu à peu » (9) ; il s'agirait d'ailleurs avant tout dans cette phrase de la constatation qu'une « denuntiatio » est inutile pour l'efficacité de la cession.

Nous pouvons donc conclure que le législateur allemand n'a pas du tout songé à la question, autrement on en aurait trouvé trace quelque part, étant donnée la loquacité des Motifs qu'on peut observer par ailleurs.

(7) Les Motifs précédèrent la rédaction du premier Projet de code civil. Les Protocoles sont les documents législatifs renfermant les discussions qui aboutirent à la rédaction du deuxième Projet, projet définitif d'où sortit le code de 1900.

(8) Bd. 2, S. 381 : « Es geschieht häufig, dass Kreditanstalten, wenn sie zu umfangreichen Lieferungen, Eisenbahnbauten etc. ausgedehnten Kredit gewähren, sich die dem Kreditnehmer gegen den Besteller erwachsenden Ansprüche zur Sicherstellung abtreten lassen. »

(9) DÖHRING, op. cit., § 10, p. 99 : « Der von Heuer angeführte Satz aus den Protokollen ist nicht massgebend, weil er auch auf die unbedingten, nach und nach entstehenden Forderungen passt. »

Toutefois, comme malgré lui, le B. G. B. a été amené à effleurer le problème, sans l'apercevoir. C'est ainsi que le § 400 stipule que des créances ne pouvant être mises en gage ne peuvent être cédées (10) ; en réalité ce paragraphe n'a pas en vue spécialement les créances futures ; son idée directrice « part simplement de ce fait que certaines espèces de créances, qu'elles soient du reste conditionnelles, à terme, existantes, litispendantes, etc., ne peuvent être saisies par la procédure d'une exécution forcée, parce qu'elles représentent en général la seule source de profit du créancier et qu'on doit lui laisser un minimum d'existence libre » (11) ; c'est ce que la loi décide chez nous par exemple de la créance à pension alimentaire. Il n'y a pas là une interdiction expresse de la cession de créances futures en général.

Il en est de même du § 308 B G B : « L'impossibilité de la prestation n'empêche pas la validité du contrat quand cette impossibilité peut être écartée et que le contrat est conclu pour le cas où cette prestation deviendra possible » (12). Heuer cherche à en induire la cessibilité

(10) § 400 B G B : « Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist. »

(11) DÖHRING, op. cit., § 10, p. 101 : « Dieser Grundgedanken geht einfach dahin, dass gewisse Forderungsarten, mögen sie im übrigen bedingt, betagt, existent, rechtshängig zc. sein, im Wege der Zwangsvollstreckung nicht gepfändet werden dürfen, weil sie in der Regel die einzige Erwerbsquelle des Gläubigers darstellen, und diesem ein Existenzminimum freigelassen werden soll. »

(12) § 308 B G B : « Die Unmöglichkeit der Leistung steht der Gültigkeit des Vertrags nicht entgegen, wenn die Un-

de créances qui ne naissent que dans l'avenir, dont le fondement n'est pas encore posé. En réalité ce paragraphe signifie seulement qu'un contrat dans lequel quelqu'un s'engage à céder une créance naissant plus tard, ne doit pas être caduc par le seul fait que la créance n'existe pas encore actuellement, à supposer toutefois que les parties connaissaient l'état des choses et concluaient pour le cas où la créance naîtrait. En d'autres termes, le § 308 B. G. B. n'autorise pas la vente d'une chose future : il ne stipule la validité que du contrat personnel et non réel ; on peut seulement en induire « qu'une obligation à une disposition sur des créances purement futures est valable mais non l'admissibilité de la disposition elle-même » (13).

De ces divers textes épars du B. G. B., il est difficile de retirer une réponse précise à notre question. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'on ne peut y voir une interdiction de la cession de créances futures, mais on ne peut s'appuyer sur ces textes pour l'admettre, car ils sont vraiment trop vagues, et surtout ils semblent avoir trait à d'autres matières.

Paragr. III. — La jurisprudence du Tribunal d'Empire

Nous avons vu que sous l'empire du droit commun, cette jurisprudence admettait la cession des créances

möglichkeit gehoben werden kann und der Vertrag für den Fall geschlossen ist, dass die Leistung möglich wird. »

(13) HACKENBERG, op. cit., p. 15 : « Dass eine Verpflichtung zu einer Verfügung über rein zukünftige Forderungen gültig ist, nicht aber die Zulässigkeit der Verfügung selbst. »

futures. Après la promulgation du B. G. B., on trouve encore de nombreuses décisions sur cette question : mais il est curieux de constater, qu'en présence du silence du B. G. B., elles se réfèrent toujours au droit commun. Nous n'avons pas l'intention de passer toutes ces décisions en revue ; qu'il nous suffise d'examiner le jugement de principe du 29 septembre 1903. Il s'agissait de la question suivante : la municipalité défenderesse B avait par contrat du 1^{er} juin 1900 accordé à l'entreprise de constructions R de grands travaux de voirie. R avait déjà auparavant, en avril 1900, conclu avec le demandeur, en vue du marché à venir, un contrat aux termes duquel celui-ci devait lui avancer le capital d'exploitation nécessaire, tandis que R cédait au demandeur les paiements à attendre de la municipalité B. Le demandeur donna donc à cette municipalité communication de la cession le 6 juin 1900. La ville ne payait pourtant pas au demandeur, mais elle payait en partie à R, et retenait une somme en prévision d'une saisie à venir de la créance, en prétendant que la cession de cette créance purement future de R était inopérante.

Le Tribunal d'Empire a admis la possibilité de la cession en tenant le raisonnement suivant : « La question, si des créances futures, dont il n'y a encore aucun fondement, dont la naissance est plutôt seulement supposée comme possible, peuvent être l'objet d'un contrat de cession valable, est certes discutée en doctrine, mais a été affirmée par la jurisprudence du Tribunal d'Empire sous l'autorité du droit antérieur. C'est ainsi que le jugement du 3^e sénat civil du 20 janvier 1891, où il s'agissait évi-

demment d'appliquer le droit commun, dit directement que l'admissibilité d'une telle cession était alors indiscutée, de même que le transfert de celle-ci au cessionnaire, qui s'accomplit immédiatement avec la naissance de la créance. Le B. G. B. qu'il faut appliquer ici ne tranche pas expressément la question ; mais on ne peut ni indirectement d'autres dispositions du code, ni des débats des commissions et du congrès d'Empire, retirer une raison suffisante pour obliger à trancher désormais la question autrement que d'après le droit commun. On ne saurait méconnaître également que l'affirmation de l'admissibilité correspond à un besoin pressant du commerce, dont la non-satisfaction, si elle avait été voulue par le B. G. B., ne serait sûrement pas restée sans motif plus précis... » (14).

(14) Reichsgericht 1903 (Bd. 55, S. 334) : « Die Frage, ob künftige Forderungen, zu denen noch nicht einmal ein Grund vorhanden, deren Entstehung vielmehr nur als möglich vorausgesetzt wird, Gegenstand eines gültigen Abtretungsvertrages sein können, ist zwar in der Literatur streitig, von der Rechtssprechung des Reichsgerichts aber unter der Herrschaft des früheren Rechtes bejaht worden. So sagt das Urteil des 3. Zivilsenates vom 20-1-1891, bei dem es sich, soweit ersichtlich, um die Anwendung des gemeinen Rechtes handelte, geradezu, die Zulässigkeit solcher Cession sei jetzt unbestritten, ebenso der mit der Entstehung der Forderung sich unmittelbar vollziehende Uebergang derselben auf den Cessionar. Das hier zur Anwendung kommende B G B entscheidet die Frage nicht ausdrücklich ; es ist aber weder mittelbar aus sonstigen Bestimmungen des Gesetzbuchs, noch aus den Verhandlungen der Kommissionen und des Reichstages ein zwingender Grund zu entnehmen, der dazu nötigen

Dans d'autres décisions, notamment dans celle rapportée au « Band 58, Seite 72 », le Tribunal d'Empire s'occupe encore de notre question ; mais il se réfère toujours au droit commun. Comme le dit fort justement Hackenberg, « une telle conclusion d'un droit antérieur au droit actuel n'est pourtant pas un fondement pour la possibilité de la cession, et cette conclusion nous paraît même fausse » (15). En résumé, la jurisprudence se prononce pour la cessibilité des créances futures, mais sans donner aucune raison bien valable.

Paragr. IV. — La doctrine

La majorité des auteurs se prononce pour l'admissibilité de la cession de créances futures ; nous citerons au hasard : Lippmann, Grünebaum, Oertmann, von Ohmeyer, von Tuhr, etc. Ils se basent en général sur deux arguments principaux : l'admissibilité de la disposition sur droits à terme et conditionnels, et l'analogie du § 185 B. G. B.

Le premier argument n'est pas solide, nous l'avons déjà vu : les créances à terme et conditionnelles ne sont

würde, die Frage nunmehr anders zu entscheiden als nach gemeinem Rechte. Die Bejahung der Zulässigkeit entspricht auch unverkennbar einem dringenden Verkehrsbedürfnisse, dessen Nichtbefriedigung, falls sie vom B G B gewollt wäre, sicher nicht ohne nähere Begründung geblieben wäre... »

(15) HACKENBERG, op. cit., p. 12 : « Ein derartiger Schluss von einem früheren Rechte auf das heutige ist jedoch keine Begründung für die Abtretungsmöglichkeit. Dieser Schluss vom gemeinen Recht auf unser gegenwärtiges Recht erscheint uns sogar falsch. »

pas futures, elles sont à séparer radicalement de ces dernières ; par suite peu importe si les droits conditionnels et à terme sont cessibles.

Le deuxième argument repose sur la considération suivante : le droit peut manquer au disposant ou bien parce qu'il appartient à un autre, ou bien plus particulièrement parce qu'il n'existe pas encore. Puisque pour le premier cas, le code a déterminé expressément que l'acquisition postérieure du droit par le disposant rendait valable après coup sa disposition, cela devrait en principe valoir également pour le deuxième cas que le code n'a pas prévu.

Mais cet argument d'analogie n'est pas absolument probant ; il devrait même, d'après Döhring, « être exclu par ce motif qu'il ne s'agit pas de notions voisines. L'existence d'un droit est une notion plus générale que l'appartenance du droit. On doit dire d'abord que le droit existe, et c'est seulement alors qu'on peut demander à qui il appartient, quel est son maître » (16).

Devant toutes ces hésitations, on en arrive presque à comprendre la position résolue des adversaires de la cession de créances futures. Au premier rang de ceux-ci, c'est Eccius qui représente avec le plus de force le point de vue de l'inadmissibilité inconditionnée de telles opérations ; mais il est obligé d'en reconnaître l'utilité, et

(16) DÖHRING, op. cit., § 10, p. 112 : Vor allen Dingen aber wird eine Analogie zwischen den beiden Fällen dadurch ausgeschlossen, dass sie keine nebengeordneten Begriffe sind. Die Existenz eines Rechts ist ein höherer, allgemeinerer Begriff, als die Zuständigkeit des Rechts. Erst muss gesagt werden, dass das Recht existiert, dann kann erst gefragt werden, wem es gehört, wer Herr desselben sei. »

cherche à les remplacer. Il pense notamment que le cédant pourrait produire le même effet en convenant avec le débiteur futur que, lors du fondement de la créance, la prestation devrait être faite au cessionnaire ; mais il est évident qu'une telle opération ne serait plus satisfaisante en pratique, car un tel contrat révélerait au débiteur futur que la situation de fortune du cédant n'est pas des meilleures, et par suite il pourrait arriver le contraire de ce que ce dernier escomptait : si c'est par exemple une municipalité qui a en vue des travaux publics, elle préférera en charger un autre entrepreneur.

Les arguments et expédients que proposent les adversaires de la cessibilité tombent donc devant le dernier fondement qui a été cité et que Döhring met en lumière : « la nécessité de telles cessions en pratique » (17), raison suffisante pour étayer une décision judiciaire particulière, mais dont on ne peut faire dériver un système juridique valable pour tous les cas.

En résumé, les auteurs sont forcés de s'incliner devant les besoins sans cesse croissants du commerce et de l'industrie, mais même les meilleurs arguments juridiques, tels que l'analogie avec la disposition sur la chose d'autrui, leur paraissent faibles et sont insuffisants pour eux, n'arrivent pas à les satisfaire pleinement. Mais on peut dire qu'actuellement en Allemagne personne ne soutient plus l'inadmissibilité de la cession de créances futures ; les auteurs qui traitent la question ne rappellent les arguments adverses que pour les combattre aussitôt.

(17) DÖHRING, op. cit., § 10 in fine, p. 113 : « Die Notwendigkeit solcher Zessionen im Verkehr. »

SECTION II. — LE DROIT FRANÇAIS

Alors que les auteurs allemands concluent de l'admissibilité de la disposition sur la chose d'autrui à celle de la disposition sur la chose future, la situation est inversée en droit français où la disposition sur la chose future est admise, non celle sur la chose d'autrui : les auteurs cherchent à tourner cette prohibition en partant de l'admissibilité de la disposition sur la chose future. Chose future, chose d'autrui, telles sont donc les deux données du problème, le centre de convergence de nombreuses questions à résoudre. Nous allons les examiner successivement, puis nous verrons si ces deux notions sont vraiment irréductibles l'une à l'autre, ou si un essai de synthèse n'est pas plutôt à envisager.

Paragr. I. — La chose future

Pour étudier cette notion au point de vue qui nous occupe, c'est-à-dire de l'admissibilité, nous prendrons le code civil comme point de départ, puis la doctrine et la jurisprudence retiendront notre attention.

1° LE CODE CIVIL

Il est éloquent dans sa simplicité : « Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation » (art. 1130, al. 1^{er}) ; tel est le principe. Le contrat ayant pour objet une chose future sera valable ; mais le code ne nous

dit pas s'il sortira son plein effet, comme sur une chose déjà existante, ni quelle influence pourra avoir la naissance même de la chose. Il laisse supposer que le contrat sur une chose future aura le même effet que sur une chose existante, mais rien n'est moins certain.

D'autre part, n'ayant pas défini le concept même de chose future, il laisse encore sur ce point toute latitude à la doctrine et à la jurisprudence pour émettre les systèmes les plus variés.

Enfin il ne semble pas que les rédacteurs du code aient entrevu l'importance capitale qu'allait prendre le principe qu'ils posaient, du fait du développement considérable du commerce et de l'industrie. Ils paraissent bien plutôt n'avoir établi ce principe que pour mettre en relief l'exception qu'ils lui apportaient immédiatement et qui pour eux avait tout son sens : « On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit. »

2° LA JURISPRUDENCE

Elle fait entre le néant matériel et la chose future la même distinction que nous avons établie entre l'expectative et le droit futur. Elle n'admet comme objet valable d'une obligation que les choses futures ayant un commencement d'existence. Ce commencement d'existence qui confère à la chose future sa valeur patrimoniale est caractérisé par un lien quelconque avec le présent. En exigeant cette connexité avec le présent, la jurisprudence

par là même définit le concept de chose future en l'opposant au néant. Cette définition manquait dans la loi ; elle vient en limiter la portée en la précisant.

De même qu'une chose future peut être vendue, une créance future peut être cédée, à la condition toutefois qu'un acte juridique (contrat, loi) soit susceptible de lui servir de fondement, ou, comme on l'a dit, de lui servir de germe, en un mot à condition que le principe de la chose future existe lors de la cession. Jusque-là, disent les arrêts, il n'y a pas de débiteur.

C'est ainsi qu'a été annulé un contrat de gage portant sur une part indivise de marchandises en cours de fabrication (18), ou le nantissement d'un fonds de commerce non encore constitué (19).

De même un auteur peut céder les produits d'une œuvre littéraire à exécuter en vertu d'une convention déjà passée avec un éditeur, bien que l'ouvrage ne soit pas composé. Mais il ne pourrait céder les produits d'une œuvre simplement projetée et qui n'a fait l'objet d'aucun traité d'édition (20).

C'est ainsi encore qu'un officier ministériel qui a cédé son office, pourra bien en déléguer le prix dès avant la nomination de son successeur ; mais il ne le pourrait avant d'avoir traité avec ce successeur éventuel (21).

(18) Rouen, 20 juin 1883 (*D. H.*, 85-159) ; Trib. Comm. Marseille, 25 avril 1913 (*Gaz. Pal.*, 14-1-91).

(19) Bourges, 29 avril 1901 (*S.*, 1902-2-275).

(20) Paris, 31 janvier 1854 (*S.*, 54-2-734 ; *D. P.*, 55-2-179).

(21) Caen, 27 déc. 1859 (*S.*, 59-2-283) ; Trib. de Toulouse 24 janv. 1866 (*S.*, 67-2-88).

Deux jugements du Tribunal de Commerce de la Seine (22) déclarent pareillement nul le transport d'une indemnité pour expropriation consenti par un propriétaire exproprié pour cause d'utilité publique, si le jugement d'expropriation n'était pas encore rendu lorsque le transport a eu lieu.

Mais si la chose future existe déjà en germe, la jurisprudence est très large, et conformément à l'art. 1130, la considère comme objet valable d'une obligation (23).

Pour nous résumer, la jurisprudence a donc défini la notion de chose future, mais elle n'a pas déterminé quel était l'effet propre du contrat ayant pour objet cette chose future ; comme le code, elle semble admettre le même effet que pour une chose déjà existante ; mais là encore, rien n'est moins certain.

3° LA DOCTRINE

Nous avons vu que le texte de l'art. 1130 qui semble lumineux de prime abord est en réalité fort incomplet et ouvre le champ libre à la discussion. Malgré un effort très net de la jurisprudence pour préciser les termes de la loi, la doctrine, comme cela arrive parfois, a critiqué

(22) 28 mai 1852 et 12 nov. 1858 (*Journ. trib. com.*, 1859, p. 62).

(23) Paris, 26 août 1841, sous Cass. req., 18 juil. 1843 (*Rép. Vente*, 1698, 1741) ; Cass. civ., 15 janv. 1845 (*D. P.*, 45-1-93) ; Cass. req., 8 mars 1858 (*D. P.*, 58-1-302) ; civ. 21 juin 1864 (*D. P.*, 64-1-385) ; 31 janv. 1866 (*D. P.*, 66-1-69) ; 26 mai 1886 (*D. P.*, 86-1-281) ; 5 févr. 1889 (*D. P.*, 89-1-200).

le bien-fondé de cette jurisprudence, a embrouillé la question sous prétexte de l'éclaircir, et finalement se révèle très divisée.

Par créance future, Titulesco entend « celle qui n'existe pas même en germe dans le patrimoine du cédant, celle qui n'existe qu'à l'état de projet » (24). Pour lui, « l'examen des arrêts et des opinions doctrinales montre qu'une théorie d'ensemble sur la validité ou la nullité d'une cession de créances futures est loin d'être faite » (25). Nous sommes certes de son avis en ce qui concerne les opinions doctrinales : mais l'examen des arrêts nous a montré au contraire que la jurisprudence avait eu beaucoup de suite dans les idées, et que sans être secondée le moins du monde par la doctrine, elle était arrivée à édifier une théorie qu'auraient pu envier plus d'un auteur. D'ailleurs, Titulesco, sans craindre de se contredire, indique le principe directeur de cette jurisprudence : « Les créances futures sont cessibles à condition que le principe de la chose future, qui leur sert d'objet, existe déjà, au moins virtuellement, lors de la cession » (25).

Il critique alors ce principe directeur : « Pourtant, la restriction faite à la validité d'une cession de créances futures et consistant à exiger que la créance doit, virtuellement, exister dans le patrimoine du cédant, n'est pas fondée » (26). Sur quoi appuie-t-il cette affirmation ? il est amusant de l'examiner : « En premier lieu remar-

(24) TITULESCO, *op. cit.*, p. 42.

(25) TITULESCO, *op. cit.*, p. 43.

(26) TITULESCO, *op. cit.*, p. 44.

quons qu'il y a *des* textes qui sont favorables à la validité d'une cession de créance future dans la véritable acception du mot » (27). Ces fameux textes qu'il nous annonce ainsi se réduisent à l'art. 1130, qui, on l'a vu, est muet sur cette question. Il poursuit : « Le texte de l'art. 1130 est tellement général, que le législateur s'est cru obligé de faire une prohibition spéciale quant aux droits éventuels à une succession : preuve que, sans prohibition expresse, ces droits, qui existent si peu en germe dans le patrimoine des héritiers que même les réservataires ne peuvent faire des actes conservatoires, eussent pu valablement faire l'objet d'une cession ! » (28). Cet argument ne peut avoir de valeur que pour Titulesco, car nous avons vu dans la première partie de notre étude que ces droits éventuels provenant des successions le gênaient considérablement, qu'il ne savait comment les faire rentrer dans sa conception du droit éventuel, ne pouvant se résoudre à admettre qu'il n'y avait là qu'une expectative ; aussi il les a déclarés « sans intérêt », et « pour plus de simplicité », il a prétendu qu'il n'y avait « pas de droits éventuels résultant des successions » (29). Le tour était joué ; mais, on l'avouera sans peine, l'escamotage était un peu grossier.

Pour nous qui avons vu que ces droits éventuels provenant des successions cadreraient parfaitement avec notre notion de droit futur, que ces droits futurs avaient une

(27) TITULESCO, *op. cit.*, p. 44.

(28) TITULESCO, p. 45.

(29) TITULESCO, p. 16.

véritabte valeur patrimoniale, qu'ils existaient parfaitement en germe dans le patrimoine des héritiers, que la prohibition des actes conservatoires ne saurait nullement les confondre avec l'expectative, nous comprenons le véritable sens de l'art. 1130, al. 2 : on ne peut rien tirer d'un argument par *a contrario* en faveur de la thèse de Titulesco.

Enfin cet auteur remarque que « les arguments invoqués pour soumettre à une restriction les cessions de créances futures, ne portent pas » (30). A cela nous répondrons qu'il s'agit d'arguments pour une prohibition absolue de la cession de créances futures et non pour une simple restriction ; nous sommes entièrement d'accord avec Titulesco pour constater que ces arguments, au nombre de trois, ne portent pas ; mais il faut reconnaître auparavant qu'il s'agit d'un autre ordre d'idées. Qu'on en juge plutôt :

« On a d'abord dit que les créances futures ne peuvent être cédées parce qu'elles ne peuvent non plus être saisies... On a dit ensuite : il n'y a pas de débiteur dans la cession de créances futures... Enfin, on a dit que la créance future doit être considérée nulle par application de l'art. 1174, car elle dépend de la volonté du cédant, elle n'existera que si le cédant le veut » (30).

Titulesco réfute aisément ces arguments, mais cela ne prouve rien contre le système de la jurisprudence.

Demogue trouve également que la jurisprudence a une tendance regrettable à n'admettre la validité de ces

(30) TITULESCO, op. cit., p. 46 et 47.

actes, qu'autant que le droit est déjà presque entré dans le patrimoine du cédant » (31). Et il poursuit : « Nous n'insisterons pas davantage sur cette jurisprudence qui nous paraît critiquable, et sur le peu de compte qu'elle tient de l'art. 1130. Constatons simplement que, malgré elle, les ventes de choses futures peuvent encore être nombreuses, qu'il peut encore y avoir beaucoup de ventes soumises à l'éventualité d'un autre contrat à passer » (32).

Si cette jurisprudence paraît critiquable à Demogue, c'est une opinion personnelle devant laquelle nous nous inclinons. Mais on peut vraiment se demander pourquoi cet éminent juriste juge cette tendance regrettable et en quoi elle l'est ; nous ne trouvons dans son œuvre aucune réponse, si ce n'est celle qui se dégage de l'ensemble de sa théorie sur le droit éventuel avec lequel cette jurisprudence n'est pas en harmonie. Pour nous au contraire, nous voyons là un système précieux de protection soit du créancier soit du débiteur contre un excès de facilité à engager l'avenir : rien de regrettable.

D'autre part Demogue prétend que cette jurisprudence tient peu de compte de l'art. 1130. Nous avons vu qu'elle ne fait que le préciser sur une question qu'il laissait en suspens : la notion de chose future, Demogue lui-même d'ailleurs constate que cette jurisprudence n'a rien de bien fâcheux en pratique, puisque « les ventes de choses futures peuvent encore être nombreuses ».

(31) DEMOGUE, *Rev. Trim.*, 1905, p. 732.

(32) DEMOGUE, *Rev. Trim.*, 1905, p. 733.

Influencé par cette hostilité de la doctrine envers le système jurisprudentiel, Filderman admet « que les arrêts tiennent en fait peu de compte de l'art. 1130 et qu'ils présentent un caractère contradictoire » (33). Mais il juge plus sainement cette tendance que Demogue trouvait regrettable, et après avoir dégagé le système de protection qui en résultait, il conclut : « Ces solutions ont été généralement critiquées par les auteurs. Nous croyons cependant qu'elles doivent être maintenues » (34). Oui, mais comment, si elles sont en contradiction avec la loi ?

En résumé, après avoir examiné la doctrine, on ne sait plus ce qu'est une chose future, ni quelle portée attribuer à l'art. 1130.

Paragr. II. — La chose d'autrui

Nous suivrons ici le même plan que pour la chose future, en prenant le code civil comme point de départ.

1° LE CODE CIVIL

Là encore, nous nous trouvons en présence d'un texte qui de prime abord semble aussi net et clair que l'art. 1130 pour les choses futures : « La vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui » (art. 1599).

(33) FILDERMAN, *op. cit.*, p. 72.

(34) FILDERMAN, *op. cit.*, p. 71.

Toutefois ce texte appelle plusieurs observations :

a) D'abord, il ne parle que de la vente, laissant par là-même supposer que les autres contrats ayant pour objet la chose d'autrui, sont valables.

b) Si l'on se demande ensuite pourquoi la vente a motivé une prohibition aussi rigoureuse, on est amené à définir le contenu de ce terme, qui ne prend sa pleine signification qu'en présence des articles 1138 et 1583 C. Civ. : la vente a été comprise et aménagée par le code civil en tant que mode de transfert de la propriété ; le contrat emporte cet effet par lui-même, automatiquement, sans qu'aucune tradition ne soit nécessaire. Il y a là, avec le droit romain et le droit allemand, une différence qu'a voulu mettre en relief l'art. 1599 C. Civ. Dans l'esprit du législateur, la vente de la chose d'autrui doit tomber, puisqu'elle n'a pas accompli sa mission essentielle, le déplacement immédiat de la propriété.

En étudiant le § 185 B G B, nous avons vu que le code civil allemand n'annule pas les contrats portant sur la chose d'autrui. D'ailleurs, lors de la préparation du projet de ce code, on mit en lumière les véritables principes : « Un pareil contrat, en tant qu'il porte sur la chose d'autrui est valable, et, si le droit français en décide autrement en matière de vente, c'est qu'il confond, dans le même acte, la convention obligatoire et l'aliénation » (35).

(35) SALEILLES : Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand.

c) Une dernière remarque s'impose enfin : l'art. 1599 n'a pas déterminé le caractère de la nullité qu'il édictait ; il semble toutefois qu'il s'agit d'une nullité absolue : il ne s'agit pas d'un contrat vicié, mais d'un contrat qui n'a pu se former ; il n'y a pas contrat. C'est comme si le législateur avait dit : le transfert de propriété de la chose d'autrui est nul. C'est qu'en réalité, il est impossible : il n'y a pas transfert.

Ceci semble évidemment résulter de l'esprit général qui a animé le législateur, mais rien n'est moins certain : le texte qui paraît très clair, est en réalité fort obscur.

2° LA JURISPRUDENCE

Elle interprète en général l'art. 1599 dans un sens libéral, en restreignant son champ d'application par l'autorisation de toute une série d'opérations sur la chose d'autrui, et en décidant que la vente de la chose d'autrui n'entraînerait qu'une nullité relative.

a) *Elle restreint le champ d'application de l'art. 1599*

Elle reconnaît que certains contrats, malgré leur apparence, ne sont pas des contrats portant disposition de la chose d'autrui. C'est ainsi qu'un acheteur est fondé à réclamer l'exécution d'une promesse de vente qui lui a été consentie par un tiers non propriétaire mais avec l'approbation du propriétaire (36). De même ne sera pas frappée de nullité la vente d'une chose sur laquelle le vendeur n'a qu'un droit conditionnel ; la vente est alors soumise à

(36) Cass. civ., 20 juillet 1925 (*D. H.*, 25, p. 649).

la même condition que le droit du vendeur ; il en est ainsi également dans le cas de vente à terme, sauf si le terme ne porte que sur le paiement du prix (37).

Lorsque les parties ont déclaré qu'elles faisaient la vente du consentement du propriétaire, elle décide qu'en réalité il s'agit d'un mandat.

D'autre part, même à l'intérieur du contrat de vente, la jurisprudence décide que l'art. 1599 ne s'applique qu'aux immeubles, et non pas aux objets qui font la matière des transactions commerciales, comme les choses fongibles qu'il est dans l'intention et au pouvoir du vendeur de se procurer. Ici, en effet, l'art. 2279 du C. Civ. met l'acheteur à l'abri de toute revendication : « En fait de meubles, possession vaut titre ». Pour appliquer l'art. 1599, la jurisprudence exige enfin que les deux parties ne soient pas toutes deux de mauvaise foi, ne sachent pas que la chose appartient à un tiers ; car alors il y aurait là un délai tacite.

En résumé, la jurisprudence met deux conditions à l'annulation du contrat portant sur la chose d'autrui :

1. Il faut que cette chose d'autrui ne représente pour le vendeur aucune valeur patrimoniale ; c'est ce qu'on exprime d'une façon défectueuse en disant qu'il faut « que le contrat porte sur une chose sur laquelle le vendeur n'a aucun droit » (38).

(37) Cass. civ., 31 oct. 1928 (*D. H.*, 28, p. 591).

(38) DE CHAISEMARTIN (Louis), Des effets entre les parties des contrats portant disposition de la chose d'autrui (*thèse Paris*, 1936, p. 24).

2. Il faut ensuite que le contrat réalise la délivrance immédiate de la chose qu'il a pour objet. La jurisprudence reconnaît que l'effet translatif des contrats, et notamment celui de la vente, n'intéresse pas l'ordre public ; il est interprétatif de la volonté des parties ; libre à celles-ci de différer le déplacement de la propriété ; en pareille matière, leur intention est souveraine (39).

b) La jurisprudence décide que la vente de la chose d'autrui n'entraîne qu'une nullité relative.

Par là, elle précise encore dans un sens libéral un point resté obscur dans la loi. Les arrêts sont nombreux à cet égard (40), nous n'avons pas l'intention de les passer en revue ; examinons seulement sur quelle base ils fondent ce système de nullité relative. Il semble que ce soit pour cause d'erreur sur la personne. En effet, du moment que les parties ont envisagé l'opération sur ses véritables bases, du moment qu'elles ont su ce qu'elles faisaient, le contrat est valable, soit comme vente, soit à un titre différent ; et c'est seulement si elles se sont trompées, si elles ont voulu que l'acheteur devînt aussitôt propriétaire, que la vente de la chose d'autrui est nulle par application de l'art. 1599 ; il y a alors contradiction irréductible entre les conditions de l'opération et le but poursuivi ; les premières ne permettent pas d'atteindre le second ; « la nullité de l'art. 1599 implique donc qu'une erreur a été

(39) Cf. JOSSERAND, Cours de droit civil positif français, Paris, 1933, tome II, n° 1042.

(40) Cf. Cass. req., 15 janvier 1934 (S., 34-1-188) ; Lyon, 18 nov. 1929 (D. H., som., 1930, p. 44).

conmise, au moins par l'acheteur, erreur qui a porté sur les qualités de la personne du vendeur, sur sa qualité de propriétaire de la chose vendue » (41). Telle est la conclusion logique à laquelle amène l'examen des arrêts sur cette question ; tel semble bien être le système suivi par la jurisprudence. Ce système échafaudé pour donner satisfaction aux intérêts de la pratique, est-il à l'abri de toute critique ? la doctrine va maintenant nous répondre.

3° LA DOCTRINE

Elle est unanime à approuver la tendance libérale de la jurisprudence, mais elle se trouve divisée devant le fondement véritable de la nullité relative édictée par celle-ci, et, impuissante à expliquer ce texte de l'art. 1599 d'une façon satisfaisante, elle va parfois jusqu'à le considérer comme une méprise législative.

Certains auteurs voient dans la nullité de l'art. 1599 une sanction des obligations du vendeur, d'autant plus que les dommages-intérêts alloués à l'acheteur de bonne foi le seront sur la base des art. 1630 et suivants du code civil au titre de la garantie. C'est la position de Titulesco : « Ce fondement rationnel est la résolution pour inexécution d'obligation, l'art. 1184 » (42). Il tient le raisonnement suivant : si le vendeur est obligé aujourd'hui de transférer la propriété à l'acheteur, c'est parce

(41) JOSSERAND, *op. cit.*, n° 1043.

(42) TITULESCO, *op. cit.*, p. 79.

que, en vertu de la loi, son obligation de livrer s'exécute instantanément lorsqu'elle porte sur un corps certain (art. 1138). Rationnellement, l'obligation de donner étant une obligation de faire, et les obligations devant fatalement consister dans un fait ou dans une abstention, le vendeur n'est tenu que de faire, que de « livrer ». Or, comme la loi exécute immédiatement l'obligation de livrer du vendeur, et, comme l'acheteur peut légitimement compter sur une exécution instantanée des obligations du vendeur, dès que cette obligation du vendeur ne peut s'exécuter immédiatement, l'acheteur est trompé dans son attente : il y a inexécution des obligations du vendeur, ou exécution tardive ; donc l'acheteur peut, conformément à l'art. 1184, demander la résolution. Quand on vend la chose d'autrui, l'acheteur de bonne foi est évidemment trompé dans son attente de voir la livraison s'exécuter immédiatement ; que le vendeur puisse, à la rigueur, exécuter son obligation dans un délai, les intérêts de l'acheteur ne sont pas plus satisfaits, car ce dernier escomptait une acquisition immédiate ; dès la signature du contrat, il y a donc inexécution d'obligations : la résolution doit être encourue au moment même où le contrat a pris naissance.

Cette opinion est certes très habile, mais elle heurte directement le texte de l'art. 1599 qui édicte la nullité et non la résolution de la vente de la chose d'autrui. Titulesco reconnaît lui-même qu'« il est probable que le législateur de 1804 ne s'est pas fait ces raisonnements » (43).

(43) TITULESCO, *op. cit.*, p. 80.

D'autre part cette opinion ne cadre pas « avec les effets que la loi fait produire à la vente de la chose d'autrui qui constitue notamment un juste titre en vue de l'usucapion de dix à vingt ans et qui joue ainsi un rôle que ne saurait tenir un titre résolu » (44).

C'est pourquoi certains auteurs, dont Jossierand, estiment qu'« il faut donc s'en référer à l'idée d'erreur sur la personne ou plutôt sur les qualités de la personne » (45). On revient ainsi au système de la jurisprudence, mais on se trouve alors dans l'impossibilité d'expliquer pourquoi les dommages-intérêts alloués à l'acheteur seront évalués d'après les art. 1630 et suivants au titre de la garantie : Jossierand trouve plus prudent de passer cette question sous silence.

D'autre part, ainsi que le remarque Demogue, si cette explication était admise, il faudrait permettre de demander la nullité pour erreur sur les qualités de la personne à celui qui aurait traité avec un incapable en le croyant capable, ou à celui qui traiterait avec un insolvable en le croyant solvable. En réalité, il ne faut appliquer l'art. 1110 C. Civ. qu'aux qualités inséparables de la personne, et non aux qualités extrinsèques que l'on pourrait avoir, à sa fortune ou à ses droits.

Bien d'autres explications ont été proposées pour fonder l'art. 1599, mais aucune ne s'est révélée satisfaisante. C'est devant cette constatation que Filderman conclut : « Il n'y a par conséquent aucune explication valable de

(44) JOSSE RAND, *op. cit.*, n° 1044.

(45) JOSSE RAND, *op. cit.*, n° 1045.

la règle de l'art. 1599. On ne peut la considérer que comme le résultat d'une erreur » (46).

Lorsqu'on ne trouve aucune solution adéquate, ce n'est pas à dire forcément que cette solution n'existe pas. Mais une telle attitude qu'on trouve chez les auteurs récents indique bien l'état de détresse de la doctrine sur ce problème : elle se déclare impuissante à le résoudre ; le fait est suffisamment rare pour qu'on puisse le noter.

Paragr. III. — Essai de synthèse

Nous avons vu que le législateur allemand avait admis la disposition sur la chose d'autrui, mais il avait par son silence laissé à la jurisprudence et à la doctrine le soin de débattre la question des choses futures. Nous voyons qu'en droit français où le législateur déclare valable la disposition sur la chose future, la doctrine et la jurisprudence se refusent à admettre une prohibition de la disposition sur la chose d'autrui. De tout cet ensemble, se dégage l'impression que chose future et chose d'autrui sont d'essence identique, et qu'une absence de détermination un peu nette de ces deux notions est peut-être la cause du flottement que l'on constate dans leur réglementation ; que d'autre part les prescriptions législatives relatives aux choses d'autrui ne sont que le complément de celles relatives aux choses futures et inversement : bien que le législateur ne l'ait pas dit expressément, on sent

(46) FILDERMAN, op. cit., p. 81.

que ces prescriptions doivent être examinées à la lumière les unes des autres.

1^o LA CHOSE FUTURE ET LA CHOSE D'AUTRUI
SONT D'ESSENCE IDENTIQUE

La doctrine s'est déjà aperçue de cette identité de nature. C'est ainsi que Titulesco nous dit : « Par chose future, il faut entendre également la chose d'autrui » (47) ; pour justifier cette assimilation, il tient le raisonnement suivant : que pourrait-on dire pour séparer des droits portant sur une chose inexistante matériellement, les droits portant sur la chose d'autrui ? que dans le premier cas, ce n'est que l'objet du droit qui manque, que, dans le second, c'est le droit même qui fait défaut au disposant. Mais serait-ce sérieux ? La propriété, pour qu'elle existe comme droit pur et simple, suppose un objet, et, tant que cet objet n'existe pas, elle n'existe pas non plus comme telle : on n'a pas plus la propriété d'une récolte à venir, que celle de la chose d'autrui. La situation juridique du disposant est la même dans les deux cas ; et si l'on appelle droits éventuels quant à leur objet ceux qui supposent réunies toutes les conditions nécessaires à leur existence, sauf une : l'objet, il n'y a pas de raison pour distinguer « quelles circonstances de fait » rendent pour le moment l'objet inexistant par rapport au disposant. Nous tirons d'ici cette conclusion importante : quoique la loi permette les contrats sur objets futurs, tout

(47) TITULESCO, *op. cit.*, p. 36.

en annulant la vente de la chose d'autrui, on ne peut dire que, d'une façon générale, les contrats sur la chose d'autrui sont nuls, par opposition aux contrats sur choses futures ; car la chose future et la chose d'autrui étant d'essence identique, sont de stricte interprétation les dérogations qu'apportent au principe libéral de l'art. 1130, des articles spéciaux comme l'art. 1599 par exemple.

Tel est le raisonnement. Il est juste dans sa conclusion, mais il nous semble critiquable à d'autres points de vue ; d'abord dans son point de départ avec les droits portant sur une chose future ou d'autrui ; de l'identité de nature de ces droits, on ne peut conclure à celle des choses : d'autre part ce raisonnement ne met pas suffisamment en relief la notion de valeur patrimoniale, qui est le seul élément capable de justifier un acte de disposition.

a) *La notion de chose future ou d'autrui ne se confond pas avec celle du droit futur qu'on peut avoir sur cette chose.*

En règle générale, on n'a sur une chose future ou d'autrui queleconque qu'une expectative. En analysant la notion de droit futur, nous nous sommes déjà expliqués sur cette question : nous avons vu qu'on ne peut avoir un droit futur à une chose que lorsqu'un rapport personnel ou une connexité de droit avec le présent existe relativement à cette chose.

Il n'est pas maintenant contradictoire de soutenir que cette chose future ou d'autrui puisse faire l'objet d'un contrat ; car lorsqu'on contracte sur cette chose, ce n'est pas l'expectative à celle-ci qui est l'objet du contrat, ni

même le droit futur qu'on pourrait avoir, mais c'est la chose elle-même.

En un mot, ce n'est que le contrat initial qui a pour objet la chose future ou d'autrui ; les autres qui peuvent en théorie suivre en cascade, n'ont pour objet que le droit futur qui est ainsi dessiné par ce premier contrat.

A quelle condition la chose future ou d'autrui peut-elle être l'objet valable d'un contrat ? Si elle présente une valeur patrimoniale propre.

b) *La notion de valeur patrimoniale*

Par valeur patrimoniale nous entendons la *valeur réelle*, absolue ou relative ; car il est bien évident qu'on peut céder à une personne naïve une expectative en lui donnant une valeur fictive, en la présentant comme quelque chose de plus qu'une expectative, en cachant la véritable situation. Cette opération frauduleuse n'aurait rien de sérieux et serait **nulle de nullité absolue** pour défaut d'objet ; en effet l'art. 1128 C. Civ. stipule : « il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions » ; jusqu'à preuve du contraire, nous soutenons que l'expectative, n'ayant en soi aucune valeur patrimoniale, **répugne à toute idée de commerce juridique**.

Comment doit-on envisager cette valeur patrimoniale dans la chose future ou d'autrui ? la chose d'autrui présente en elle-même une pleine valeur patrimoniale pour son propriétaire, aussi la détermination de cette valeur ne sera pas la même que pour la chose future : pour cette dernière, nous avons vu que la jurisprudence exigeait

un commencement d'existence, un lien quelconque avec le présent. Il s'agit alors d'une valeur absolue, objective, intrinsèque. On ne peut appliquer le même critère à la chose d'autrui : pour celle-ci, on ne peut parler que d'une valeur relative, par rapport à la personne du disposant : cette valeur relative pourra évidemment être engendrée par un lien quelconque avec le présent, par exemple une prescription acquisitive en cours ; mais ce sera le plus souvent un rapport personnel avec le propriétaire de cette chose qui donnera à la chose d'autrui la valeur patrimoniale qui permettra d'en disposer ; on rejoint alors la notion de droit futur : dans la plupart des cas de la pratique, on ne pourra disposer de la chose d'autrui que si l'on a un droit futur à cette chose, alors qu'au contraire la chose future peut présenter fréquemment une valeur patrimoniale, même si le disposant n'a qu'une expectative à cette chose. Par exemple les objets qui font la matière des transactions commerciales ne représentent une chose d'autrui à valeur patrimoniale que parce qu'il est au pouvoir du vendeur de se les procurer, et le vendeur ne peut se les procurer que parce qu'il est en relations d'affaires avec des correspondants qui sont propriétaires de ces objets. Un simple particulier, le premier venu, ne pourrait pas disposer de cette chose d'autrui, car elle ne représenterait pour lui aucune valeur réelle. C'est ce qui explique que dans la pratique, les cas de disposition d'une chose future sont beaucoup plus variés que ceux d'une disposition de la chose d'autrui.

Par conséquent, *de même que nous avons opposé la naissance relative de la chose d'autrui à la naissance*

absolue de la chose future, nous opposons ici la valeur relative de l'une à la valeur absolue de l'autre.

Telles sont les précisions qui manquaient au raisonnement de Titulesco pour le rendre logique, conforme à l'esprit de la loi et de la jurisprudence.

2^o LES ARTICLES 1130 ET 1599 SONT LE COMPLÉMENT
L'UN DE L'AUTRE

Ils se définissent et se limitent mutuellement. C'est pour n'avoir pas vu cette relation, pour avoir exagéré la portée de l'art. 1130 en admettant le transfert actuel d'une chose future, que Demogue et Titulesco ont été amenés à donner au droit éventuel une existence qu'il ne saurait avoir, et à échafauder leur théorie du droit réel éventuel.

Demogue en effet, parlant de l'art. 1130 déclare : « La portée considérable qu'il convient de donner à ce texte a besoin d'être mise en lumière » (48). Et Titulesco de reprendre cette idée en renchérissant : « Une personne vend à une autre une récolte à venir ; la convention, quoique manquant d'objet, est valable conformément à l'art. 1130, qui permet qu'on fasse des choses futures l'objet d'une obligation. En disant que la convention est valable, j'entends que les obligations et droits des parties sont nés immédiatement, qu'ils ne sont pas suspendus dans leur création jusqu'au moment où l'objet apparaîtra, autrement ce serait décider que les contrats ne valent que s'ils portent sur des objets existants. Ce qui est différé, dans

(48) DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1905, p. 730.

notre hypothèse, ce n'est que l'exécution des obligations. Donc le droit de l'acheteur, quoique sans objet jusqu'au moment où la récolte promise ne prend pas corps, existe pourtant dès le jour de la convention ; l'acheteur a un droit reconnu par la loi, par l'art. 1130, qui, en permettant de contracter sur les objets futurs, reconnaît l'existence de droits sans objets » (49).

C'est une interprétation de la loi qui va manifestement au-delà de son esprit. En permettant de contracter sur les objets futurs, en déclarant valable l'obligation qui a pour objet une chose future, il est bien évident qu'elle n'a pas voulu dire par là-même, comme le prétendent Demogue et Titulesco, que le contrat était parfait. D'ailleurs le seul fait de soutenir la perfection du contrat sur chose future emporte une contradiction dans le raisonnement de Titulesco ; son argumentation en faveur du droit éventuel se détruit elle-même, car si le contrat est parfait, ce n'est pas un droit éventuel qui en naîtra, mais bel et bien un droit pur et simple, parfait comme le contrat qui l'a engendré.

La seule chose qu'a voulu dire le législateur, c'est que la chose future malgré son inexistence, était l'objet possible d'un contrat, que ce dernier n'était pas entaché de nullité ; mais de là à dire qu'il est parfait, il y a de la marge, on en conviendra. L'art. 1130 est tout simplement une application de la théorie de la formation successive des contrats.

(49) TITULESCO, op. cit., p. 2 et 3.

Nous estimons par là que *le contrat est bien valable s'il porte sur un objet futur, mais qu'il ne sort son plein effet que lorsque l'objet existe : le droit qu'il a en vue ne naîtra qu'à ce moment. Ce n'est pas seulement l'exécution des obligations qui est suspendue, c'est l'effet même du contrat, c'est la naissance du droit.*

C'est ainsi par exemple que l'effet de la vente est le transfert de propriété ; tant que la chose future ne sera pas existante, la naissance du droit de propriété de l'acheteur sera en suspens. Comme ce transfert est automatique en droit français, et que la vente de la chose future postule un retard dans ce transfert, il faut en conclure qu'on se heurte à une impossibilité, à une antinomie ; la seule façon de s'en sortir, c'est de déclarer nulle la vente d'une chose future.

L'art. 1130 ne peut donc se comprendre qu'à la lumière de l'art. 1599 : les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation, mais l'effet est suspendu jusqu'à la naissance de la chose ; *un contrat sur chose future, dont l'effet serait stipulé immédiat par la loi ou par les parties, serait nul* : la vente de la chose future est nulle, car la naissance du droit de propriété chez l'acheteur est stipulée immédiate par la loi.

Sur la base de l'art. 1130, l'acheteur d'une chose future ne peut avoir qu'un droit futur à cette chose, car étant donné les art. 1599 et 1138, il ne peut être question que d'une promesse de vente. Si l'intention des parties était véritablement d'entreprendre une vente, c'est-à-dire un transfert immédiat de la propriété, l'opération serait

nulle ; ce sera au juge d'en décider, en examinant non tant les termes mêmes du contrat, que l'intention des contractants.

C'est pour n'avoir pas vu le problème sous toutes ses faces, pour n'avoir pas remarqué qu'au fond l'art. 1599 n'était qu'une application du principe établi dans l'art 1130 dont il précisait la portée, que Demogue a été amené à échafauder sa théorie du droit éventuel qui ne trouve en réalité aucun appui dans les textes, et qu'il a dû forcer le sens de ces textes, alors qu'au contraire ils avaient besoin d'être définis, c'est-à-dire limités.

Il en est exactement de même pour la chose d'autrui : *le juge devra examiner non tant les termes mêmes du contrat que l'intention des parties* ; si par exemple le contrat porte le terme de vente, mais que les deux parties savaient qu'il s'agissait d'une chose d'autrui, l'opération sera valable comme promesse de vente ; si au contraire l'une des parties ignorait que la chose fût à autrui et envisageait par conséquent un transfert de propriété immédiat, l'opération sera nulle comme vente de la chose d'autrui. Elle donnera lieu à des dommages-intérêts au profit de l'acheteur de bonne foi. L'opération, impossible en elle-même, sera nulle de nullité absolue : toutes les personnes qui y ont intérêt pourront invoquer cette nullité ; l'acheteur lui-même, dès qu'il apprendra la véritable situation, ne manquera pas de le faire. La pratique a décidé de calculer ces dommages-intérêts comme à l'article 1630 au titre de la garantie ; il ne faut pas voir là autre chose qu'un mode de calcul, et il serait faux de

vouloir déduire de ce choix une relation quelconque avec la nature de la nullité édictée ; il était au contraire fort compréhensible, étant donné la place de l'art. 1599 au titre de la vente, d'en rapprocher l'art. 1630 qui s'y rapporte également.

Nous concluerons donc qu'au fond les art. 1130 et 1599 se rejoignent ; loin d'être opposés l'un à l'autre, ils ont la même signification : le contrat qui veut réaliser la délivrance immédiate de la chose future ou de la chose d'autrui n'est pas valable ; mais ils autorisent le contrat à effet différé : droit futur.

Il faut enfin remarquer que même ainsi compris, le contrat n'est pas valable sur succession future, sur sa propre succession ou sur celle d'autrui, « même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit » (art. 1130). Or l'art. 1600 répète la même prohibition pour la vente, indiquant bien ainsi que ces deux parties du code sont en étroite corrélation, ce qui est un argument de plus en faveur de la position que nous avons prise.

En résumé, *le contrat sur la chose future ou d'autrui est valable aux termes des art. 1130 et 1599. C. Civ., mais il n'atteint sa perfection qu'avec la naissance, absolue ou relative, de cette chose, et ce n'est qu'alors que l'effet du contrat, la naissance du droit auquel il tend, peut se réaliser ; jusque-là, il ne peut engendrer qu'un droit d'anwartschaft à ce droit principal. Et s'il est dans l'intention des parties de créer immédiatement ce droit principal, alors le contrat est nul.*

Ce sont donc désormais ces effets du contrat, le mécanisme juridique de l'acte de disposition, sur un objet futur — chose, droit ou créance — qui vont retenir notre attention dans un second chapitre de cette partie.

CHAPITRE II

Effets des actes de disposition sur choses futures

Nous avons vu au chapitre précédent qu'une définition des art. 1130 et 1599 du code civil dans leurs termes et leur portée ramenait ces deux articles l'un à l'autre. Loin de s'être contredit, le législateur se révèle parfaitement logique avec lui-même.

Mais après avoir ainsi montré quelle voie on devait suivre pour rester dans l'esprit de la loi, à quelles conditions on pouvait affirmer l'admissibilité des actes de disposition sur choses futures et d'autrui, il faut désormais pénétrer dans cette voie, développer les lignes directrices que nous connaissons, en analysant le mécanisme, le fonctionnement de ces actes de disposition. C'est l'étude de leurs effets avant et après la naissance de l'objet qui nous permettra d'approfondir ces problèmes nouveaux et de voir fonctionner dans la pratique les diverses notions théoriques qui s'y rapportent.

SECTION I. — L'ACTE AVANT LA NAISSANCE DE L'OBJET

Nous savons déjà que cet acte, quoiqu'imparfait dans ses éléments, n'est pas entaché de nullité ; il est valable, il aura des effets, il sera créateur de la situation juridique que nous avons qualifiée de droit futur. Par conséquent les effets du contrat soit entre les parties, soit à l'égard des tiers vont dépendre étroitement de la nature de l'opération ; il faut donc avant tout en déterminer les caractères.

Paragr. I. — Nature de l'opération

Deux alternatives s'offrent à première vue : ou bien il s'agit, dès avant la naissance de l'objet, d'un contrat parfaitement formé, la chose future représentant l'objet actuel du contrat ; ou bien il s'agit d'une disposition anticipée qui n'atteindra sa perfection qu'avec la naissance de la chose, l'objet de l'acte étant alors la chose envisagée à sa naissance. Entre contrat actuel sur chose future et contrat futur sur chose existante, seul le but de l'opération nous permettra de décider en déterminant sa nature exacte.

1° LE BUT DE L'OPERATION

Supposons une cession de créance future. On peut l'envisager sous deux aspects : ou bien l'acte de cession est lui-même pur et simple, mais le cessionnaire n'en obtient que ce que le cédant avait, c'est-à-dire une créance

future ; ou bien on envisage l'efficacité juridique de l'acte en suspens jusqu'à la naissance de la créance. De la naissance de cette dernière « dépend d'après la première construction de quoi, d'après la seconde le si du résultat de la cession : la différence ressemble en un certain sens à celle qui existe entre *emptio spei* et *emptio rei speratae* » (1) ; et Oertmann de conclure : « Il ne devrait y avoir aucun doute que la première construction correspond moins à la volonté présumable des parties que la seconde. D'après celle-là, l'acte de cession serait achevé, la valeur éventuelle de la cession payée, que la naissance de la créance ait lieu dans la suite, ou non ; l'opération serait donc risquée pour l'acquéreur, ce serait une construction ni conforme à sa volonté présumable, ni de bonne politique juridique » (1).

(1) OERTMANN (Paul), *Die Rechtsbedingung*, Leipzig, 1924, p. 183 : « Vom Eintritt der Bedingung hängt nach der erster Gestaltung das Was, nach der zweiten das Ob des Abtretungserfolges ab ; der Unterschied ähnelt in gewissem Sinne dem zwischen *emptio spei* und *emptio rei speratae*. Es dürfte keinem Zweifel unterliegen, dass die erste Gestaltung dem vermutlichen Parteiwillen weniger entspreche als die zweite. Nach jener wäre der Abtretungsakt vollendet, die etwaige Zessionsvaluta entgolten, einerlei, ob die Bedingung sich hernach erfüllt oder nicht ; das Geschäft wäre also für den Erwerber ein gewagtes — eine weder seinem zu unterstellenden Willen gemässe noch rechtspolitisch erwünschte Gestaltung ! »

Nous n'avons pas traduit « Bedingung » par « condition », car Oertmann envisage la créance suspendue dans sa naissance.

En réalité, le cessionnaire recherche dans une telle opération une garantie, une sûreté ; on la rencontrera donc notamment « si quelqu'un fait crédit au créancier futur et que le crédité ne possède pas une valeur patrimoniale quelconque disponible actuellement » (2). On trouve évidemment des cas de cession de créances futures où le créancier futur n'est pas actuellement dans une situation pécuniaire gênée ; ces cas correspondent pourtant toujours à la même idée de sûreté, par exemple lorsque l'assureur se fait céder dans le contrat d'assurance la créance d'indemnité future de l'assuré contre l'auteur éventuel du dommage. Mais on peut dire qu'en général « une cession de créances futures n'aura lieu que si le créancier futur a à lutter avec des difficultés actuelles de paiement, ou encore n'a aucun moyen d'accorder satisfaction à ses créanciers » (3).

Le but véritable de telles opérations n'est donc pas un transfert actuel de l'objet futur ; les parties n'ont pas voulu ce résultat ; le disposant veut seulement accorder à son co-contractant une situation privilégiée d'attente ; c'est l'idée qui domine également la promesse de vente.

(2) DÖHRING, op. cit., § 11, p. 113 : « Wenn jemand dem künftigen Gläubiger Kredit gewährt, und der Kreditnehmer irgend welche verfügbaren gegenwärtigen Vermögenswerte nicht besitzt. »

(3) DÖHRING, op. cit., p. 113, § 11 : « In den meisten Fällen wird eine Abtretung künftiger Forderungen nur erfolgen, wenn der künftige Gläubiger mit gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten zu kämpfen hat oder sonst kein Mittel hat, um seinen Gläubigern Befriedigung zu gewähren. »

La conclusion logique, Döhring nous l'indique : « Par suite la cession de créances futures contient une prohibition de disposer pour le cédant, qui malgré la cession est toujours le maître de la créance future » (4).

Il n'y a en effet actuellement encore aucune aliénation de l'objet futur. Les parties ne veulent qu'une garantie que suffit à réaliser cette prohibition de disposer ; la situation juridique personnelle qui lie désormais les contractants est le seul but de l'opération et est l'expression la meilleure de l'intention qui a guidé l'acte.

2^o L'OPÉRATION N'EST PAS UN CONTRAT ALEATOIRE

On ne peut toutefois s'empêcher de faire un rapprochement avec l'art. 1964 C. Civ. : « Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain. » Il est bien évident que l'effet du contrat sur une chose future, le transfert de propriété, dépend d'un événement incertain, la naissance de la chose.

Si, à la suite de certains auteurs, on veut considérer, en vertu de l'art. 1130 C. Civ., le contrat sur chose future comme parfait dès avant la naissance de cette chose, c'est que les éléments de ce contrat sont réunis et que

(4) DÖHRING, op. cit., p. 114 : « Insofern enthält die Zession künftiger Forderungen ein Verfügungsverbot für den Zedenten, der ja noch immer, trotz der Zession, Herr der künftigen Forderung ist. »

notamment il a un objet actuel : quel peut être un objet actuel représenté par une chose future, sinon l'espoir de cette chose ? On aboutit donc à une *emptio spei*, c'est-à-dire un contrat aléatoire.

Les auteurs qui donnent ainsi à l'art. 1130 cette portée que nous lui avons refusée, se défendent d'être amenés à ce résultat ; Demogue nous dit même fort nettement : « Les parties peuvent avoir pris pour objet de la convention une chose qui n'existe pas encore : une chose future dont on peut espérer l'existence, par exemple une récolte à venir. Les signataires de l'acte ont donné leur consentement purement et simplement ; leur contrat sera cependant subordonné dans son existence à la création, à la venue au monde de l'objet du contrat. Il en serait un peu autrement au cas que je laisserai de côté, d'une *venditio spei*, comme dans l'exemple classique de la vente d'un coup de filet, puisque le contrat tout entier ne se trouve plus dépendre de l'existence d'un objet futur. C'est seulement une des obligations, celle du pêcheur, qui se trouve en dépendre » (5).

D'après Titulesco également : « Pour qu'il y ait droit éventuel, encore faut-il observer quelle a pu être l'intention des parties dans le contrat passé » (6), et il nous indique que ce sera une question de fait souverainement tranchée par les juges du fond, les éléments de décision devant être fournis par les termes de la convention et les circonstances, notamment par la comparaison du prix

(5) DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1905, p. 726.

(6) TITULESCO, *op. cit.*, p. 40.

avec la valeur probable de la récolte.

Ces considérations sont tout à fait exactes, mais on ne peut s'empêcher de constater que la position de ces auteurs sur cette question n'est pas en harmonie avec le reste de leur théorie. Si l'on admet qu'aux termes de l'art. 1130, le contrat de vente est parfait, qu'un droit est né sur la chose future, que ce droit est réel, on est contraint par suite de conclure que le prix de la vente est fixé et payé, et l'on confond ainsi les notions de *venditio rei speratæ* et de *venditio spei*, car étant donné que d'une part une somme d'argent a été versée et que d'autre part la chose peut fort bien ne jamais parvenir à l'existence, il y a un aléa qu'on le veuille ou non. C'est la position de Demogue et Titulesco : il y a un véritable mirage des mots qui vient d'un manque de détermination exacte de ce qu'est la *venditio rei speratæ*.

Pour nous au contraire qui voyons dans la vente d'une chose future une simple *anwartschaft* correspondant plus à une promesse de vente qu'à une vente véritable, la disposition n'a rien d'aléatoire, elle ne se réalisera qu'avec la naissance de la chose, et c'est alors seulement que le prix en sera dû. C'est le sens de l'expression *venditio rei speratæ* : c'est la chose espérée elle-même qui est l'objet du contrat, non l'espoir de cette chose ; *c'est la chose envisagée à sa naissance* ; il y a dans la *venditio rei speratæ* une anticipation sur l'avenir, qui correspond dans l'esprit des parties à l'idée d'une garantie, d'une situation privilégiée d'attente, ainsi que nous l'avons vu.

Entre *venditio spei* et *venditio rei speratæ*, le véritable critère de distinction est la fixation et le paiement d'un

prix de vente définitif. Si l'on trouve dans le contrat ces opérations, c'est que la chose future a été envisagée comme objet actuel de l'acte qui est ainsi parfait dans ses éléments : il s'agit d'un contrat aléatoire.

3° C'EST UNE DISPOSITION ANTICIPEE

Elle s'analyse en un contrat inachevé, dont l'objet est encore futur ; mais pour que cette opération anticipée soit valable, les autres éléments de validité doivent se trouver réunis, conformément aux règles générales.

a) *Contrat inachevé.*

Même les auteurs dont l'ensemble de la théorie aboutit à faire de cette opération un contrat aléatoire, reculent devant cette conséquence, pourtant logique, de leur point de vue. C'est ainsi que Demogue nous dit : « Si le droit éventuel ne peut pour une raison quelconque se transformer en droit définitif, l'acte juridique est non pas simplement exposé à une action en nullité, mais inexistant » (7). C'est indiquer clairement que cet acte n'a jamais existé ; Titulesco va d'ailleurs également jusque-là : « Si antérieurement à la réalisation de l'éventualité, l'objet vient à disparaître fortuitement, il n'y a jamais eu un contrat ! » (8). Le point d'exclamation qui termine cette phrase nous montre que Titulesco s'est rendu compte du caractère contradictoire qu'elle présente avec le reste de

(7) DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome II, p. 77, n° 508.

(8) TITULESCO, *op. cit.*, p. 246.

sa théorie ; il en est de même pour le raisonnement suivant qu'il soutient à propos du droit futur : « Celui qui cède un droit futur, ne cède actuellement rien, car il ne peut transmettre ce qu'il n'a pas : il cède les droits purs et simples qu'il peut avoir un jour sur la chose, et s'engage à les obtenir du propriétaire ! » (9). On est loin, on l'avouera sans peine, de la conception du contrat parfait sur chose future : mais de semblables affirmations semblent choquer leur auteur ; elles résument cependant parfaitement la situation, et sont en harmonie avec notre conception du droit futur.

Il faut partir de ce principe que l'acte de disposition en lui-même est valable, mais ne peut encore sortir son effet, attendu qu'il lui manque un élément de perfection : « Ce n'est que l'effet de la disposition, et non également l'acte de disposition, qui suppose l'existence de l'objet de la disposition » (10).

Nous aboutissons donc, au terme de notre analyse, à la notion de contrat futur sur une chose existante ; nous sommes en présence actuellement d'un contrat en formation qui ne doit s'achever que dans l'avenir sur une chose existante : l'art. 1130 est un corollaire du principe de la formation successive du contrat.

(9) TITULESCO, *op. cit.*, p. 259 (note).

(10) CERMANN, *op. cit.*, p. 184 : « Nur die Verfügungswirkung, nicht auch der Verfügungstatbestand setzt das Vorhandensein des Gegenstandes der Verfügung voraus. »

b) *L'objet doit être déterminé*

On doit remarquer que l'art. 1130 ne fait d'ailleurs nullement échec aux autres dispositions du code relatives à l'objet ; indépendamment de la valeur patrimoniale que ce dernier doit présenter, ainsi que cela résulte de l'analyse des articles 1128 et 1130 combinés, l'objet, quoique futur, doit être cependant également déterminé ou tout au moins essentiellement déterminable, aux termes de l'art. 1129 C. Civ. Tout le monde est d'accord sur ce point ; mais lorsqu'il s'agit d'expliquer la raison de cette exigence, on trouve deux interprétations :

1. On peut rattacher l'art. 1129 à cette idée que les obligations doivent avoir un objet sérieux. On ne saurait promettre du blé sans plus, car on pourrait s'exécuter en donnant une quantité dérisoire. Si l'on adopte cette explication, il suffira que la quantité promise soit dès à présent déterminée ou déterminable, soit actuellement, soit dans l'avenir.

2. Si au contraire, on rattache l'art. 1129 à une idée de protection pour les contractants qui doivent pouvoir calculer dès maintenant l'étendue de leurs obligations au moins de façon approximative, il faudra ne pas tenir comme suffisante la désignation d'un objet qui ne peut être dès à présent déterminé, même avec une simple approximation.

Après avoir exposé ces deux tendances, Demogue paraît se rallier à la seconde : « Nous serions portés à croire que la seconde tendance ne peut être que préférée. Elle

est en effet moins dangereuse que l'autre. Il n'est pas bon de laisser ainsi les parties s'engager si imprudemment » (11). C'est fort logique, puisqu'il admet qu'on peut disposer d'une chose future même ne présentant aucune valeur patrimoniale, c'est-à-dire de l'expectative : il faut suppléer par ailleurs au manque de protection des contractants.

Pour nous au contraire, qui n'avons pas adopté la même attitude sur la question de la valeur patrimoniale, nous nous rallions sans hésiter à la première tendance : les contractants seront suffisamment protégés contre un engagement irréfléchi de l'avenir par l'exigence de la valeur patrimoniale.

Cette exigence, remarquons-le en passant, n'est d'ailleurs nullement contradictoire avec la notion de disposition anticipée ; cette valeur n'est pas exigée ici pour le transfert de la chose, mais pour que la garantie ou la situation privilégiée accordée n'ait rien d'illusoire.

En résumé, la disposition d'une chose future est un acte juridique anticipé ne devant se consommer par le transfert de la chose qu'au moment de la naissance de celle-ci ; mais dès qu'il est posé, cet acte doit présenter tous les caractères et éléments exigés par la loi pour une disposition ordinaire, et notamment l'objet, quoique futur, doit être déterminé ou tout au moins actuellement déterminable.

(11) DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1905, p. 752.

Paragr. II. — Effets de l'opération entre les parties

Tous les effets de la disposition sur chose future avant la naissance de celle-ci se ramènent entre les parties à l'idée de droit futur. Que l'objet de l'acte de disposition ait été un droit, une créance, une chose, futurs ou d'autrui, le résultat sera le même ; on se trouvera en présence de cette situation juridique personnelle caractéristique du droit futur conventionnel et que nous avons appelée *anwartschaft*.

1° CREATION D'UN DROIT D'ANWARTSCHAFT

Nous connaissons déjà les caractères de ce droit : c'est une situation juridique personnelle et non réelle ; l'acquéreur de la chose future n'a aucun droit *sur* celle-ci, il n'a qu'un droit *à* celle-ci. En effet le vendeur s'est obligé à transférer cette chose pour conclure le contrat définitif, ou à maintenir son consentement s'il s'agit d'une promesse de vente. Le bénéficiaire de l'acte est donc titulaire d'un droit en vertu duquel *il peut exiger du disposant, et de lui seul, un certain fait : la conclusion du contrat*. C'est là la définition des droits personnels. D'ailleurs, dans une certaine mesure le disposant n'est pas tenu seulement d'une obligation de faire, mais aussi d'une *obligation de ne pas faire* : ne pas consentir à des tiers des droits antagonistes, qui empêcheraient la réalisation du contrat. Il ne pourrait y avoir droit réel que si la vente était parfaite, c'est-à-dire emportait transfert immé-

diat de propriété ; mais on se heurterait alors à une impossibilité matérielle, étant donné le caractère futur de l'objet du contrat. C'est ce que n'ont pas vu les partisans du droit réel éventuel, et c'est pourquoi nous avons dit que la vente d'une chose future s'analysait en définitive en une promesse de vente. Le disposant a promis de « dare », mais il n'est pas encore tenu, car s'il l'était, son obligation serait sans cause : en effet, la contre-partie, l'obligation de payer le prix fait ici défaut, puisque l'acheteur ne s'est pas engagé à le verser, étant donné qu'autrement il y aurait contrat aléatoire. Le disposant n'est donc tenu que d'un « facere ».

La conséquence logique de ce point de vue, c'est *qu'on ne saurait envisager d'actes conservatoires sur la chose future de la part de l'acquéreur* ; la notion même d'acte conservatoire s'oppose à un point de vue contraire : on ne saurait en effet conserver que ce qui existe. Il est matériellement impossible d'appliquer ici l'art. 1180 du C. Civ. qui n'est d'ailleurs destiné qu'aux droits conditionnels. Demogue et Titulesco pouvaient à la rigueur transposer cet article dans le domaine des droits éventuels, en entendant par là des droits déjà nés, portant sur la chose, donc réels et analogues à de véritables droits conditionnels ; mais, même en adoptant la théorie du droit éventuel déjà né, les auteurs qui ont étudié ce problème se révèlent divisés. C'est Demogue qui est le partisan le plus absolu de cette extension de l'art. 1180 au cas du créancier éventuel, car autrement, précise-t-il, « autant vaudrait dire que l'on n'a pas de droit du tout »

(12). Sabatier met en lumière qu'« à la nécessité de la protection des droits en formation, il est permis d'opposer, avec une certaine force, le désir légitime du débiteur de n'être pas troublé tant que sa dette n'est pas encore née », et il conclut que la question des actes conservatoires doit « être résolue selon les circonstances » (13). Cette solution prudente ne compromet évidemment pas son auteur, mais risque d'embarrasser fort le juge devant un cas concret. Leduc par contre refuse catégoriquement les actes conservatoires au créancier éventuel : « L'art. 1180 est le complément de la théorie de la rétroactivité qui n'a pas d'application dans la matière des droits éventuels » (14).

On voit donc que la notion de droit éventuel ne permettait pas de résoudre d'une façon satisfaisante la question des actes conservatoires ; la doctrine voulait les refuser, mais était liée par ce droit réel déjà né, qu'il fallait protéger ; les auteurs qui refusaient au droit éventuel ce caractère réel et l'effet rétroactif qui en découlait, n'admettaient pas les actes conservatoires dans ce domaine. Pour nous, qui avons établi que le droit futur était un droit à naître, la question ne se pose même pas : la notion d'actes conservatoires serait ici contradictoire, elle est inimaginable.

(12) DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1906, p. 282.

(13) SABATIER, *op. cit.*, p. 112.

(14) LEDUC, *op. cit.*, p. 97.

2° COMMENT CETTE SITUATION EST-ELLE PROTEGÉE ?

Si nous refusons les actes conservatoires, il faut pourtant considérer qu'il y a un droit à protéger : le droit d'anwartschaft. Si ce droit était dépourvu de protection, il existerait bien quand même, puisque ce n'est pas là le critère du droit subjectif ainsi que nous l'avons vu, mais la garantie ou la situation privilégiée accordée à l'acquéreur de la chose future risquerait d'être illusoire. Aussi doit-on envisager cette protection sous une double face : d'une part le droit pour le créancier ou l'acquéreur de contraindre le débiteur à préparer la réalisation de la prestation future ; d'autre part le droit à des dommages-intérêts en cas d'inexécution des obligations du débiteur ou du vendeur.

a) *Droit pour le créancier de contraindre le débiteur à préparer la réalisation de la prestation future.*

C'est un résultat du droit d'anwartschaft ; mais il faut remarquer que cette prérogative n'appartient au créancier du contrat que suivant les circonstances, c'est-à-dire suivant l'intention des parties. Ainsi l'acheteur d'une récolte future pourra contraindre son vendeur à ensemen- cer la terre et à faire tous les actes nécessaires pour la production d'une récolte. L'explication en est simple, Titulesco nous la donne : « En me reconnaissant un droit éventuel sur sa récolte, le vendeur m'a tacitement conféré un droit de créance actuel me permettant de le contraindre à produire sa récolte » (15). Ce droit de créance

(15) TITULESCO, op. cit., p. 243.

actuel, c'est pour nous l'anwarischaft incluse dans le droit futur qui n'est pas né. Si les théories sont différentes, il est curieux de constater qu'elles aboutissent ici au même résultat : le créancier du contrat doit pouvoir faire tout le nécessaire pour arriver à obtenir le droit pur et simple qu'il a eu en vue, et par rapport auquel la créance qu'on lui a concédée joue simplement le rôle d'un acompte. On est ici en présence d'un effet particulier au droit futur, et qui ne se retrouve pas chez le droit conditionnel qui est suffisamment protégé par ailleurs par l'art. 1180 C. Civ. Il y a là une sorte d'exécution forcée.

Faut-il aller plus loin et dire que le créancier du contrat pourra contraindre par voie de justice le débiteur à maintenir son consentement au contrat ? Pothier l'admettait pour les promesses de vente ; il estimait que le principe : *nemo præcise cogi potest ad factum*, ne s'applique qu'aux obligations de faits extérieurs et corporels : mais quand le fait, objet du contrat, est, comme dans la promesse de vente, la dation d'un consentement, il peut être suppléé par décision du juge. Toutefois Leduc nous dit fort justement qu'« admettre ainsi qu'une décision du juge vaut consentement d'une partie récalcitrante, c'est en réalité créer une fiction légale ; or cela est impossible, en droit français actuel, en dehors d'un texte » (16).

Ce texte existe en droit allemand. Le § 779 du code de procédure civile prononce : « Lorsque le débiteur aura été condamné à faire une déclaration de volonté, cette déclaration sera censée faite, aussitôt que le jugement

(16) LEDUC, *op. cit.*, p. 149.

aura acquis autorité de chose jugée. » Cette disposition marque l'abandon complet de l'ancien principe : *nemo præise cogi potest ad factum*. Le créancier du contrat recourra donc aux tribunaux en cas de résistance injustifiée du débiteur ; il obtiendra conclusion malgré cette résistance, en vertu du § 779 Z P O, puis poursuivra par les voies ordinaires l'exécution du nouveau contrat ainsi conclu.

Mais en droit français, le juge ne peut que constater l'existence d'une obligation valable ; « si l'obligation n'est pas conclue, le promettant peut encourir une responsabilité à raison de son refus de la valider, mais il ne saurait être tenu de l'exécuter » (17). Nous croyons donc qu'un arrêt de la Cour de Paris du 23 juin 1931 (18) a eu tort d'estimer que, l'auteur d'une promesse de vente ayant refusé arbitrairement, après l'acceptation de l'acquéreur, de signer l'acte de vente, c'est à la date où cette signature aurait dû être donnée que la vente doit produire ses effets, et de décider qu'en conséquence c'est à partir de cette date que le prix est dû, ainsi que les intérêts dudit prix. Il aurait pu condamner le promettant à des dommages-intérêts pour son refus de contracter, mais non déclarer le contrat conclu malgré cette résistance.

Tant que le contrat n'est pas définitivement conclu, le débiteur de ce contrat peut rétracter son consentement, ou, ce qui revient au même, concéder à des tiers des droits

(17) FILDERMAN, *op. cit.*, p. 46.

(18) Rapporté à la *Gazette des Tribunaux* du 5 janv. 1932.

antagonistes. Il faut décider toutefois, qu'en l'absence d'une telle rétractation, expresse ou tacite, le contrat entre en vigueur à l'instant de l'acceptation ou de la naissance de l'objet ; le consentement antérieur étant censé maintenu, il n'a pas à être renouvelé expressément.

b) *Droit à des dommages-intérêts en cas d'inexécution des obligations du débiteur.*

Si le créancier du contrat ne peut faire condamner le débiteur à maintenir son consentement au contrat, du moins cette nouvelle prérogative lui confère-t-elle une protection très efficace de la situation juridique où il se trouve. Elle est admise unanimement par les auteurs ; mais on trouve parfois des divergences sur le fondement à lui donner ; certains basent ces dommages-intérêts sur une responsabilité précontractuelle qui, en définitive, s'analyse en une véritable responsabilité délictuelle fondée sur l'art. 1382 C. Civ, ainsi que le démontrent MM. A. et L. Mazeaud (19). C'est ce que nous dit également Mauzac : « Les parties ont contracté l'engagement tacite d'apporter à la réalisation de leur accord la plus grande diligence. Si l'une des parties vient à manquer à sa parole et n'exécute pas ce qui a été convenu, elle commet une faute qui doit entraîner une réparation au profit de celui à qui elle nuit » (20).

Pour nous, il s'agit d'une application pure et simple de l'art. 1142 C. Civ. : « Toute obligation de faire ou de

(19) *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2^e éd., p. 135, n° 119.

(20) MAUZAC, *op. cit.*, p. 105.

ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ». Nous avons vu en effet que la disposition sur chose future n'engendrait qu'une obligation de conclure le contrat, c'est-à-dire de faire naître la chose, et une obligation de ne pas consentir à des tiers des droits antagonistes, mais nullement une obligation de « dare », le contrat n'étant pas parfait. Ce droit à des dommages intérêts se révèle donc le complément de la prérogative qu'a le créancier de contraindre le débiteur à préparer la réalisation de la prestation future : si, pour une raison quelconque, le créancier n'a pu user de ce droit de contrainte, il aura droit à des dommages-intérêts, le débiteur n'ayant pas satisfait à son obligation de faire naître la chose. Il en va à bien plus forte raison de même si le débiteur a fait naître cette chose dans un tiers patrimoine.

Aussi Leduc s'insurge-t-il à juste titre contre l'opinion de Demogue qui veut accorder les actes conservatoires au créancier éventuel, sinon « autant vaudrait dire que l'on n'a pas de droit du tout » ; il le fait en ces termes : « Peut-on dire qu'il n'y a pas de droit si, lorsque ce droit ne peut plus être réalisé, son titulaire conserve une action en dommages-intérêts contre celui par la faute duquel la réalisation est devenue impossible ? » (21).

(21) LEDUC, *op. cit.*, p. 96 (note).

Paragr. III. — Effets de l'acte à l'égard des tiers

Tout revient ici à se demander si l'opération est opposable aux tiers et à quelles conditions. La question aura surtout un intérêt pratique dans le cas de cession de créance future, car le problème est alors de savoir si le débiteur peut impunément être tenu en dehors de l'acte, ou si celui-ci n'aura pas plutôt des répercussions sur l'attitude qu'il devra désormais adopter ; en un mot, doit-on mettre le débiteur éventuel au courant de la cession anticipée, comme l'exige en général l'art. 1690 C. Civ., et si oui, quelle sera la sanction de ces formalités ? l'opération n'aura-t-elle pas d'effet à l'égard du débiteur, pourra-t-il l'ignorer ?

1^o CONDITIONS D'OPPOSABILITE DE L'ACTE AUX TIERS

La cession de créance future doit-elle obéir aux prescriptions de l'art. 1690 C. Civ. ? Aux termes de ce texte, deux moyens existent pour obliger le débiteur vis-à-vis du nouveau cessionnaire : soit la signification au débiteur, soit son acceptation dans un acte authentique.

La jurisprudence a décidé que l'art. 1690 C. Civ. s'appliquait aussi bien aux cessions de droits futurs qu'à celles de droits actuels, et par exemple à la cession des intérêts futurs d'une créance (22). Mais d'autres arrêts ont dispensé les cessions accessoires de droits éventuels de la

(22) Cass. req., 27 janvier 1875 (*D. P.*, 75-1-363).

signification pour être opposables aux tiers (23). La jurisprudence n'est donc pas fixée.

Par contre la doctrine exige en général cette signification. C'est ainsi que Huc nous dit qu'il n'y a à ce point de vue aucune distinction à établir entre les créances futures ou conditionnelles : « La signification au débiteur suffira pour donner à la cession tout son effet à l'égard des tiers » (24).

De même Titulesco, au sujet de la cession à l'assureur de la créance d'indemnité future de l'assuré contre l'auteur éventuel du dommage, émet la même opinion : « Si l'assuré cédait une seconde fois cette créance future contre les tiers responsables, et si le nouveau cessionnaire signifiait la cession avant la compagnie, ce serait lui qui l'emporterait. La compagnie doit donc signifier la cession à toutes les personnes qui sont indiquées comme les futurs débiteurs du cédant (locataires, voisins, etc.) » (25).

En ce qui concerne la délégation de marchés, Duffez se trouve du même avis quant à cette exigence : « Il faut autant de significations que de payeurs éventuels. Le cas s'est présenté, pour un marché de fournitures générales conclu avec l'Administration Industrielle des Tabacs, de la nécessité de la signification à plus de dix comptables assignataires » (26).

(23) Cass. 12 nov. 1884 (S. 86-1-149) ; Nancy, 14 nov. 1905 (*Gaz. Pal.*, 19 déc. 1905).

(24) Huc, *op. cit.*, p. 245.

(25) TITULESCO, *op. cit.*, p. 259.

(26) DUFFEZ (Georges), *Du rôle des Etablissements de cré-*

Donc la doctrine a une tendance très nette à appliquer l'art. 1690 C. Civ. à la cession de créances futures, et en général à la cession de tout droit futur, puisque celui-ci s'analyse en une situation juridique personnelle. Sabatier nous l'indique pour la promesse de vente : « Pour que la cession du bénéfice de la promesse soit opposable aux tiers, et en particulier au promettant, il faut accomplir les formalités de l'art. 1690, puisqu'on a décidé que le bénéficiaire était titulaire d'un droit de créance » (27).

D'autre part, quoique la jurisprudence ne soit pas fixée, ainsi que nous l'avons vu, on peut dire toutefois que la Cour de Cassation est favorable en général à ce point de vue de la doctrine. Elle a encore par exemple décidé que le cessionnaire d'un prix de licitation peut signifier valablement sa créance à certaines personnes susceptibles de devenir adjudicataires (28).

En droit allemand le § 409 B G B est le correspondant de notre art. 1690 : il exige la notification de la cession au débiteur ou la présentation à celui-ci du titre de cession par le cessionnaire.

2° SANCTION DE CES FORMALITES

Ces formalités ont pour but de donner à la disposition anticipée un effet vis-à-vis des tiers, d'empêcher le débiteur, lors de la naissance de la créance, de s'acquitter

dit dans le financement des marchés de travaux et de fournitures, thèse Lyon, 1939, p. 67.

(27) SABATIER, *op. cit.*, p. 108.

(28) Cass., 26 mai 1886 (S., 86-1-256).

entre les mains d'un autre que le cessionnaire désigné, en un mot de constituer le débiteur de mauvaise foi par avance.

Si la formalité, signification ou notification, a été accomplie, le débiteur doit être autorisé à s'acquitter envers celui qui y est désigné comme cessionnaire, même si l'acte est devenu inexact, par exemple si la première cession a été suivie d'une autre ou a été révoquée. On doit maintenir cette solution, même dans le cas où le débiteur connaîtrait l'inexactitude de l'acte, désormais dépassé par les événements.

Une autre solution complémentaire du § 409 B G B doit être certainement étendue au droit français muet sur la question : la notification ne peut être rétractée *qu'avec le consentement du cessionnaire qu'elle désigne*. Ce dernier a donc, dès avant la naissance de la créance ou du droit futur, une position très solide : le cédant pourra évidemment rendre la créance future l'objet d'une d'une seconde cession, puisque la première n'était pas parfaite, s'analysait en une disposition inachevée. Mais les formalités accomplies par le premier cessionnaire gêneront considérablement cette opération : le second cessionnaire ne voudra pas se contenter d'une position aussi précaire, et renoncera le plus souvent à la cession. Le cédant ne pourra pas ainsi frauduleusement obtenir de sa créance future un crédit en dépassant la valeur probable.

Il y a là une protection très efficace du cessionnaire, et les effets de la disposition anticipée sur la créance

ou le droit futur se développeront ainsi pleinement à l'égard des tiers.

Mais il pourrait exister des situations intermédiaires qui exigent des solutions particulières. C'est ainsi qu'en l'absence de toute formalité, et tant que le débiteur ne sait rien de la cession de créance future, il peut valablement payer au cédant lors de la naissance de celle-ci. Mais si, en fait, le débiteur sait que la cession a eu lieu, la jurisprudence décide qu'il ne peut pas la prétendre inopposable à son égard (29). Mais alors, la situation du cessionnaire est précaire, car il pourra toujours voir son droit annihilé par une cession postérieure signifiée ou non.

En un mot, la signification agit en quelque sorte comme une cristallisation des volontés des parties à la cession par l'obstacle qu'elle crée à un changement éventuel de leur direction. On demande aux tiers, on les y oblige en quelque sorte, d'aider les contractants à respecter leurs engagements jusqu'à la naissance de l'objet, de les aider à poursuivre de bonne foi la réalisation de la disposition anticipée.

SECTION II. — L'ACTE APRES LA NAISSANCE DE L'OBJET

La naissance de l'objet est l'élément de perfection qui manquait à l'acte désormais complet. La formation successive de l'acte juridique est ainsi le principe qui domine

(29) Cass., 4 mars 1931 (*D. H.*, 1931, p. 267 ; *D. P.*, 33-1-73).

toute la question. L'acte juridique incomplet, la disposition anticipée, est valable ; il produit des effets : c'est le droit futur. Mais l'effet normal de la disposition parfaite, le transfert de propriété par exemple, donc la création d'un droit réel sur l'objet du contrat, ne peut se produire qu'au moment et dans la mesure où tous les éléments de l'acte sont réunis.

L'effet de l'acte de disposition après la naissance de l'objet sera donc, tant entre les parties qu'à l'égard des tiers, le même que celui d'une disposition ordinaire sur un objet existant, par conséquent s'il s'agit d'une vente le transfert de propriété sera immédiat lors de la naissance de l'objet, sur la base d'une opération juridique se consommant au moment précis où tous ses éléments se trouvent réunis.

Mais il a existé une période de temps plus ou moins longue entre le moment où les parties sont entrées en relations contractuelles et celui de la perfection du contrat, il y a eu en un mot une disposition anticipée avec des effets juridiques ; doit-on en faire table rase ; et, dans le cas contraire, quelle attitude doit-on adopter ? C'est ce que nous allons examiner en étudiant les deux problèmes principaux que pose la naissance de l'objet : dans quel patrimoine prend-il naissance, d'une part ; et : cette naissance est-elle rétroactive, d'autre part ?

Paragr. I. — Dans quel patrimoine l'objet prend-il naissance ?

Deux réponses différentes sont possibles suivant la conception qu'on se fait de la nature de l'opération juridique

qui a précédé la naissance de l'objet : ou bien l'opération s'analyse en un contrat parfait, et l'objet prend alors naissance dans le patrimoine de l'acquéreur ou cessionnaire ; ou bien l'opération est une disposition anticipée, et l'objet naît par suite d'abord dans le patrimoine du disposant, pour passer aussitôt automatiquement dans celui de l'acquéreur : c'est la « *Durchgangstheorie* », théorie du passage, du droit allemand.

On conçoit que de la position qu'on aura prise sur cette question, dépendront des conséquences juridiques importantes qu'il nous faudra mettre en lumière.

1^o LE CESSIONNAIRE EST SUCCESSEUR JURIDIQUE DU CEDANT DANS LA CRÉANCE

D'après l'opinion opposée, la créance au lieu de naître dans la personne du cédant, naît aussitôt et directement dans celle du cessionnaire. Tandis que dans la cession normale, la créance appartient d'abord au cédant pour passer ensuite au cessionnaire, ici le cédant n'a jamais été créancier : au moment de la cession, il ne l'était pas, parce que la créance n'était pas encore existante, et il ne l'est pas non plus au moment de la naissance de la créance, parce que celle-ci par suite de la cession ne naît pas dans son patrimoine, mais dans celui du cessionnaire. Le cédant est donc alors simplement celui qui aurait été créancier, si la cession anticipée n'avait pas eu lieu.

Quoiqu'ils ne le disent pas expressément, Demogue et Titulesco se rallient certainement à cette théorie d'après

l'ensemble de leurs développements sur le droit éventuel et l'art. 1130 C. Civ. : cette position est dans la logique même de leur doctrine, et le point de vue contraire serait entièrement contradictoire avec le reste de leurs explications. C'est également l'opinion de quelques auteurs allemands : von Tuhr, Grünebaum, Hackenberg. Ils soutiennent que, le contrat de cession ayant été conclu avant la naissance de la créance, on se trouve donc en présence d'une disposition quasi-réelle (*quasidinglich*) de la créance en faveur du cessionnaire, et il n'y a plus de place pour la naissance de la créance du côté du cédant. Et Hackenberg ajoute : « Par suite de la disposition anticipée, la créance passe aussitôt *ipso jure* au cessionnaire lors de sa naissance. L'acquéreur devient aussitôt créancier, lorsqu'arrivent les faits qui auraient, sans la cession, rendu le cédant créancier. Le cédant n'est en tout cas à aucun moment créancier » (30). On ne saurait être plus net.

Mais alors on se heurte à plusieurs objections que développent les partisans de la « *Durchgangstheorie* » à laquelle nous nous rallions. Nous avons vu à maintes reprises que seul l'effet principal habituel de la disposition suppose l'existence de l'objet de celle-ci, et non également l'acte même de la disposition qui est valable aux

(30) HACKENBERG, *op. cit.*, p. 24 : « Die Forderung springt infolge der Vorausverfügung *ipso jure* bei Entstehung sofort auf den Cessionar über. Der Erwerber wird sofort Gläubiger, wenn die Tatsachen eintreten, welche ohne die Cession den Abtretenden zum Gläubiger gemacht hätten. Der Abtretende ist jedenfalls in keinem Augenblick Gläubiger. »

termes de l'art. 1130, quoiqu'imparfait, qui n'est pas entaché d'un vice initial entraînant sa nullité ; la disposition sur un « non ens » est tout à fait concevable, mais la pleine efficacité de la disposition sur ce « non ens » serait, comme le dit Eccius, un véritable non-sens. Cette efficacité ne peut se réaliser qu'au moment où la créance prend naissance dans la personne du cédant. Comme cette naissance de l'objet dans le patrimoine du disposant, ou son acquisition s'il s'agit d'une chose d'autrui, est un élément d'efficacité de la disposition anticipée, on aboutirait à un véritable « hysteron proteron », si l'on admettait que l'objet prend naissance originairement chez le cessionnaire : cela équivaldrait à soutenir que l'objet naît originairement chez le cessionnaire sous la condition qu'il naisse chez le disposant. Et Oertmann de conclure : « La créance naît bien plutôt d'abord dans la personne de l'ancien créancier pour passer automatiquement au nouveau créancier, il est vrai sans intervalle de temps par suite de la cession antérieure devenue maintenant de suite efficace » (31).

La cession de créance future ne s'explique donc qu'avec l'aide de la « Durchgangstheorie ». Celle-ci est d'ailleurs soutenue par la majorité de la doctrine allemande : von Ohmeyer, Oertmann, Eberhard, Hellwig, Döhning.

(31) OERTMANN, op. cit., p. 184 : « Vielmehr entsteht die Forderung zunächst in der Person des alten Gläubigers, um freilich ohne jedes zeitliche Intervall infolge der früheren, jetzt sofort wirksam gewordenen Abtretung ohne weiteres auf den neuen Gläubiger überzugehen. »

Admettre que la créance entre dans le patrimoine du cessionnaire directement par le fait que le cédant la fonde, c'est obliger à se répartir sur différentes personnes les éléments et les effets juridiques de l'acte. C'est ce qu'Hackenberg est forcé de consentir : « Les conditions de naissance sont à juger dans la personne du cédant. La prétention du cessionnaire ne peut naître que si, sans la cession, serait née une prétention semblable du cédant » (32).

Mais alors, la construction ne se révèle plus logique du tout, et d'autre part l'essence même de l'opération, le signe distinctif de la cession, la succession juridique, est entièrement abolie. On se trouve en présence d'un type d'opération entièrement nouveau analogue plutôt à la représentation ou à la stipulation pour autrui, où les éléments d'efficacité sont ainsi séparés, dissociés de l'effet juridique, et il semble osé d'appliquer par analogie à cette opération les principes de la cession. Donc : « La créance future ne doit s'être trouvée qu'un moment dans le patrimoine du cédant pour qu'elle puisse se transmettre. On doit partir de là, si l'on veut encore soutenir l'opération comme cession » (33).

(32) HACKENBERG, op. cit., p. 24 : « Selbstverständlich sind die Entstehungsvoraussetzungen aus der Person des Cedenten zu beurteilen. Der Anspruch des Cessionars kann nur entstehen, wenn ohne die Abtretung ein gleicher Anspruch des Cedenten entstanden wäre. »

(33) DÖRING, op. cit., p. 125 : « Und ebenso muss die künftige Forderung erst einen Augenblick im Vermögen des Zedenten gestanden haben, damit sie übergehen kann. Davon muss man ausgehen, wenn man das Geschäft überhaupt noch als Zession aufrecht erhalten will. »

Enfin on admet en général que tant que le débiteur ne sait rien de la cession de la créance future, il peut valablement payer au cédant lors de la naissance de cette créance. Ce résultat postule que le cédant a été au moins un instant créancier.

La naissance directe de l'objet dans le patrimoine du cessionnaire se heurte donc à de multiples objections théoriques et pratiques, et on doit admettre le passage de cet objet à sa naissance par le patrimoine du disposant.

2° CONSEQUENCES JURIDIQUES DE LA THEORIE DU PASSAGE

Elles se rapportent toutes à cette idée que le nouveau créancier étant successeur juridique de l'ancien, la créance ne lui sera acquise que si et dans la mesure où elle est déjà née dans la personne de ce dernier.

Par conséquent, les exceptions et moyens de défense que le débiteur pouvait opposer au cédant au moment de la naissance de la créance, pourront l'être également au cessionnaire. Les adversaires de la « théorie du passage » devraient logiquement n'accorder au débiteur contre le cessionnaire que ces exceptions et moyens de défense qu'il avait déjà au moment où la cession anticipée était entreprise, et lui refuser ceux qu'il aurait pu acquérir plus tard ; mais ils sentent toute la dureté qu'il y aurait là pour le débiteur, et von Tuhr par exemple veut pour des raisons d'équité lui concéder également les exceptions et moyens de défense qu'il aurait pu acquérir contre le cédant jusqu'au moment de la naissance de la créance, pourvu que ces objections « aient empêché la

naissance de la créance dans la personne du cédant » (34).

Si ces auteurs admettent cette mesure de protection du débiteur pour des raisons d'équité, quoiqu'elle soit contradictoire avec le reste de leur théorie et qu'ils ne peuvent donner d'explication juridique valable à cette concession à la « théorie du passage », pour nous au contraire, il est tout à fait naturel que le débiteur puisse opposer au cessionnaire toutes les exceptions et moyens de défense qu'il aurait pu acquérir contre le cédant jusqu'à la naissance de la créance, car ce n'est qu'à ce moment que s'exécute la cession.

C'est ainsi par exemple que le débiteur peut faire entrer en compensation avec sa dette des créances qu'il acquiert contre le cédant jusqu'à la naissance de sa dette, car jusqu'à ce moment la cession n'étant pas définitive, peut être révoquée à tout moment, et le débiteur ne doit pas se trouver victime de cette situation instable, il ne doit pas être lésé par un acte juridique de son créancier avec des tiers.

Une autre conséquence très importante de la « théorie du passage » existe lorsque le cédant tombe en faillite au moment de la naissance de la créance, car elle aura alors fait partie du gage commun des créanciers, tandis que dans la théorie adverse la masse de ces créanciers risquait fort d'en être frustrée, ce qui était encore peu conforme à l'équité.

(34) Von TUHR, rapportée par DÖHRING, op. cit., p. 127 :
« Sofern diese Einwendungen die Entstehung der Forderung in der Person des Zedenten verhindert hätten. »

Paragr. II. — La question de la rétroactivité

Cette question qui s'est révélée si embarrassante pour les théoriciens du droit éventuel et pour les auteurs qui ont suivi, ne présente désormais ici plus aucune difficulté. Elle vient s'intégrer dans l'ensemble de la théorie de la disposition sur chose future, d'où la solution se dégage d'elle-même.

Donc, après avoir analysé la notion même de rétroactivité, nous verrons que cette notion n'est d'aucune utilité ici ; son application heurterait au contraire l'ensemble des principes que nous avons développés, et aurait par suite un caractère contradictoire. Seules des raisons d'équité ou de nécessité pratique pourraient nous forcer à nous exposer à cette entorse à notre théorie ; or nous constaterons que les remèdes à cette non-rétroactivité sont nombreux et rendent la situation de l'acquéreur de la chose future suffisamment forte pour qu'une rupture d'harmonie, qu'une note discordante soit ici inutile.

1° ANALYSE DE LA NOTION DE RETROACTIVITE

A la question : « Qu'est-ce qu'une rétroactivité ? » Chevallier répond de la façon suivante : « Un acte rétroactif c'est celui qui produit effet sur les événements antérieurs à sa formation » (35). Par conséquent il ne peut être question de rétroactivité en présence d'un acte dont la formation n'est pas achevée.

(35) CHEVALLIER (Jean). *De l'effet déclaratif des conventions et des contrats*, thèse Paris, 1932, p. 19.

D'après Chevallier, « cela ne se peut concevoir que par le moyen d'une fiction car on n'imagine pas un acte réellement rétroactif. Le passé échappe à l'empire de notre volonté ». Nous ne pouvons pas faire qu'il n'ait pas été ou qu'il ait été autrement qu'il fut. Il a par cela même qu'il est passé quelque chose d'irréversible, de définitif qui s'oppose à ce qu'on puisse le remanier. Un acte ne pourra donc être rétroactif que par le moyen d'une fiction par laquelle on envisagera l'acte comme s'il avait été passé à une date antérieure et on lui reconnaîtra les effets qu'il aurait eus s'il avait été effectivement passé à ce moment.

Et Chevallier poursuit : « L'utilité de cette fiction n'apparaît que pour rendre possible un acte qui autrefois l'était et ne l'est plus au moment où il s'agit de le passer de telle façon que si l'acte avait été passé antérieurement il aurait pu produire effet. » Et il indique que cette impossibilité peut résulter de l'acquisition faite entre temps à des tiers de droits incompatibles avec ceux qu'il s'agit de constituer : il ne peut être question ici de rétroactivité d'un acte juridique que contre les droits d'un tiers ; « en effet un acte par lequel deux personnes s'entendent pour anéantir un acte antérieurement conclu et régir leurs rapports depuis cette date comme si l'acte n'avait pas été passé, n'est pas un acte rétroactif tant que les tiers n'ont pas acquis de droits incompatibles avec cette cession ». Bien qu'il envisage le passé, l'acte ne doit produire ses conséquences qu'à partir du jour où il a été fait : il n'engage que l'avenir. Le passé n'est envisagé que pour dé-

terminer l'importance des engagements qui ne prennent naissance qu'à la date de l'accord.

En résumé, la rétroactivité est, dans cette théorie, une fiction destinée à rendre possible un acte dont l'achèvement est entravé par des droits consentis à des tiers au cours de la période de sa formation.

Demogue rejette cette conception : « Ce qu'on nomme la rétroactivité n'est pas une fiction en vertu de laquelle tout doit se passer comme si une personne avait déjà été titulaire de son droit alors qu'elle ne l'était pas. Sous ce nom, ou sous toute autre dénomination, ce que les nécessités sociales imposent, c'est une sûreté en faveur d'un *titulaire de droit* par un certain rang possédé, sûreté qui lui permettra de primer les tiers dont les droits sont nés entre la date de l'acte conditionnel et l'arrivée de la condition. Cette sûreté tend naturellement à ce résultat que les tiers qui ont acquis des droits *medio tempore* de celui qui passait pour propriétaire de l'immeuble, vont se trouver évincés. La sûreté donnée au créancier conditionnel tend à ce résultat, car il est dans la nature de toute sûreté d'être préjudiciable à des tiers. La loyauté qu'exige la vie sociale pour se poursuivre avec sécurité implique qu'en principe le débiteur engage son patrimoine de la façon la plus complète » (36).

En résumé, la rétroactivité est une sûreté donnée au titulaire d'un droit pour lui permettre de primer les droits de tiers qui sans cela seraient plus forts que le sien : elle

(36) DEMOGUE, *Valeur et base de la notion de rétroactivité*, Modena, 1930, p. 6.

est imposée dans certains cas par les nécessités sociales.

Ces deux notions différentes de la rétroactivité sont toutes deux exactes ; elles dépendent seulement du point de vue où l'on se place. Chevallier envisage un acte en formation, par conséquent la rétroactivité ne saurait être considérée que comme une fiction lors de l'achèvement de cet acte : au point de vue de la technique juridique, un acte ne peut rétroagir que s'il pouvait agir ; or ici il s'agit d'un acte inachevé qui ne pouvait agir ; donc la rétroactivité est une fiction.

Au contraire Demogue envisage le titulaire d'un droit en présence de droits antagonistes plus forts concédés à des tiers ; il était normal qu'il voie dans la rétroactivité, non une fiction puisque le droit existait, mais une sûreté qui renforce ce droit de façon à annihiler les droits antagonistes.

2° PAS DE RETROACTIVITÉ POSSIBLE ICI

Dans la disposition sur chose future, nous sommes en face d'un acte juridique inachevé qui ne s'explique que par la théorie de la formation successive du contrat jointe à celle de l'unité de temps pour le droit à naître de ce contrat. Par conséquent la rétroactivité du droit à sa naissance ne saurait être envisagée que comme une fiction contraire à la nature véritable des choses, au processus réel qui se déroule.

Tant que le contrat n'est pas parfait par la naissance de la chose, il est précaire, et les volontés des parties, primitivement dirigées sur la formation de ce contrat,

peuvent à tout moment s'en dégager ou prendre une autre direction. Il faut qu'au moment de la naissance de l'objet toutes les autres conditions légales soient réunies pour que le droit puisse apparaître, et que notamment la volonté du cédant soit inchangée : il faut qu'il consente toujours au contrat, à la cession au même cessionnaire, sinon l'élément consentement faisant alors défaut au moment de la naissance de l'objet, le droit ne pourra naître. C'est un tiers qui pourra alors bénéficier de cette volonté du disposant.

Demogue, dans sa théorie de l'art. 1130 C. Civ., voit dans la disposition sur chose future un acte juridique parfait, la chose future étant en tant que telle objet actuel du contrat ; par conséquent le droit réel sur cette chose est déjà né, et au moment de la naissance de l'objet, il rétroagira évidemment du jour du contrat. Mais cette théorie qui confère la rétroactivité au droit éventuel est peu en harmonie avec la notion même que Demogue nous donne par ailleurs de ce droit : pour lui en effet le droit éventuel est celui qui naît d'un contrat auquel il manque un élément ; si le contrat est parfait en vertu de l'art. 1130, il est contradictoire de soutenir qu'il ne donne naissance qu'à un droit éventuel ; on conçoit donc sans peine que dans cette théorie, la rétroactivité ne soit pas envisagée comme une fiction et puisse être appliquée en dehors d'une disposition légale : elle correspond à la nature des choses.

Pour nous au contraire, après une analyse serrée tant du droit futur ou de la chose future que de l'art. 1130 C. Civ. et de la formation du contrat, nous concluons.

et nous y sommes forcés, que *le droit futur est réfractaire à toute idée de rétroactivité par essence même*. On ne peut voir ici dans la rétroactivité qu'une fiction ; et alors une question se pose : en l'absence de disposition légale concernant cette question, les nécessités sociales imposent-elles d'admettre les parties du futur contrat à convenir cette rétroactivité à titre de sûreté spéciale ? la réponse ne peut s'obtenir qu'en analysant les forces en présence, et en examinant si l'équilibre ne peut être obtenu d'une autre manière pour ménager le crédit public et la loyauté des transactions ; la sécurité des tiers doit être ménagée aussi bien que celle des contractants.

3° LES REMEDES A CETTE NON-RETROACTIVITE

Il faut auparavant remarquer que la pratique n'a pas jugé cette sûreté spéciale indispensable, et que la jurisprudence la refuse en général toutes les fois qu'on se trouve en présence d'un droit futur. Par exemple un arrêt de la Cour de Paris du 28 janvier 1935 (37) est très net à cet égard : une promesse unilatérale de vente ne vaut vente que le jour où elle a été définitivement acceptée ; c'est à ce moment seulement que l'acquéreur devient propriétaire : jusque-là la promesse de vente ne fait naître à son profit qu'un droit personnel ; et par suite, il doit respecter et subir les aliénations et constitutions de droits réels, procédant du chef du vendeur.

(37) *Gaz. Pal.*, 1935-1-592.

Nous nous insurgerions contre une telle tendance de la jurisprudence, si l'acquéreur de la chose ou du droit futur était désarmé devant l'auteur de la disposition. Mais il n'en est rien, et la non rétroactivité qui est de rigueur en théorie, se justifie également en pratique par les multiples moyens qui viennent y remédier et dont nous avons déjà vu un certain nombre au cours de cette étude.

a) D'abord le droit à des dommages-intérêts, lorsque le disposant ne satisfait pas à ses engagements. Nous avons vu que c'était en quelque sorte le complément de la prérogative qu'a l'acquéreur de contraindre le disposant à préparer la réalisation de la prestation future ; à la limite, dans la promesse de vente, c'est l'acquéreur qui détient tous les pouvoirs de réalisation entre ses mains ; ce sont donc des pouvoirs considérables ; mais s'il est négligent, ou qu'il ne veuille point encore contracter les obligations qui seront la contre-partie des droits qu'il prétend acquérir, il lui faudra payer la rançon de sa situation privilégiée ; il ne pourra intervenir pour la défense de ses intérêts menacés dans le patrimoine d'autrui ; mais le recours en dommages-intérêts suffira à conserver un caractère sérieux aux avantages obtenus par lui.

b) Ensuite la signification de la cession de créance future ou de droit futur au débiteur. Nous avons vu également qu'elle agissait en quelque sorte comme une cristallisation des volontés des parties à la cession, par l'obstacle qu'elle crée à un changement éventuel de leur direction : on oblige les tiers à aider les contractants à res-

pecter leurs engagements jusqu'à la naissance de l'objet.

c) La théorie de la bonne foi présente aussi un grand intérêt dans la matière. A l'encontre du tiers acquéreur complice de la fraude, la sanction la plus efficace est l'annulation de la disposition conclue au préjudice du premier bénéficiaire. On peut ainsi éviter des injustices trop criantes par l'application de la maxime : « *Fraus omnia corrumpit* », dont l'ascendant s'impose à toute norme juridique. Le tiers a violé une obligation primordiale et qu'il devait respecter, celle d'agir de bonne foi. La règle morale doit présider à l'élaboration de cette sanction qui paraît en accord avec les principes de Ripert, quand il écrit : « Si le Droit civil a senti le besoin de sanctionner la règle morale, c'est qu'il a fallu chercher dans l'observation de cette règle une protection, que le droit ne trouvait aucun moyen d'assurer autrement. Le futur acquéreur, qui est créancier d'une promesse de vente, l'acquéreur de meubles qui n'a pas pu se les faire livrer, ne peuvent par aucun procédé technique empêcher le propriétaire de violer l'obligation contractuelle, ils sont obligés de se fier à sa parole, donc à sa conscience. Les tiers doivent les aider et obliger à tenir parole, le tiers de mauvaise foi mérite donc de se voir retirer le bénéfice de l'opération qu'il accomplit en fraude des droits du bénéficiaire » (38). La jurisprudence est entrée dans cette voie depuis longtemps, et elle admet que le tiers, complice volontaire de la violation d'une obligation, doit de ce chef

(38) RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 204.

réparation au créancier qu'il a lésé (39). Le tiers de mauvaise foi devra des dommages-intérêts au bénéficiaire de l'avant-contrat, chaque fois qu'une réparation en nature, plus adéquate au dommage, ne pourra être obtenue par une simple exécution sur ses biens : le tiers sera donc condamné à la restitution de la chose acquise en violation de la disposition anticipée, chaque fois que sa mauvaise foi sera démontrée.

d) La prénotation du droit allemand et la transcription du droit français sont destinés, comme la signification de la cession de créance, à constituer les tiers de mauvaise foi. Le § 883 B G B dispose que « l'inscription d'une prénotation (Vormerkung) est admissible même pour sûreté d'une prétention future ou conditionnelle ». De même en droit français, la loi du 23 mars 1855 stipule la transcription des quittances ou cessions de loyers ou fermages non échus pour trois années ou plus. Les articles 1069 et suivants du code civil exigent également la transcription des substitutions permises pour rendre le droit des appelés opposable aux tiers. Il est regrettable qu'une « prétranscription » ou une « pré-inscription » ne soit pas admise, comme en droit allemand la prénotation, pour sûreté de tout droit de créance tendant à un droit réel.

e) Mais le bénéficiaire de la disposition anticipée peut suppléer à cette lacune, et renforcer considérablement sa situation, en constituant une sûreté, gage ou hypothèque,

(39) Cf. Cass., 8 nov. 1904 (*Pand. fr.*, 1905-1-17) ; Paris, 24 nov. 1904 (*S.*, 1905-2-284) ; Toulouse, 15 nov. 1904 (*D. P.*, 1905-2-394).

en garantie de son droit futur. En effet, si la loi ne l'a pas autorisé expressément, du moins a-t-elle prévu l'hypothèse, en organisant la publicité par exemple : chacun des bordereaux d'inscription, prescrit l'art. 2148 C. Civ., doit indiquer : « ... 4° le capital de la créance, ses accessoires et l'époque d'exigibilité... et, si les droits sont éventuels ou conditionnels, indiquer sommairement l'événement ou la condition dont dépend l'existence de la créance. » De même l'art. 1^{er} de la loi fiscale du 6 Messidor An VII (art. 775 du Code de l'Enregistrement) exonère provisoirement de la taxe hypothécaire les inscriptions conservant « un simple droit d'hypothèque éventuel, sans créance existante ».

La doctrine a toujours reconnu qu'une hypothèque pouvait garantir une pareille obligation. Pothier avait déjà enseigné qu'on pouvait constituer hypothèque pour quelque dette que ce soit. Aubry et Rau les premiers ont proclamé en termes exprès le principe : « L'hypothèque peut être établie pour sûreté de toute espèce d'obligations, quelles qu'en soient la nature et les modalités. Ainsi, elle peut être attachée à une obligation conditionnelle ou même simplement éventuelle et encore l'hypothèque garantit les créances à terme, conditionnelles ou éventuelles d'une manière aussi complète que les créances pures et simples » (40).

Enfin la tendance actuelle de la jurisprudence est nettement opposée à la nullité de l'hypothèque pour droit

(40) *Cours de droit civil français*, 4^e éd., tome III, § 266 et 285.

futur, et l'admet au contraire largement en garantie d'une ouverture de crédit ou du solde éventuel d'un compte-courant (41). La validité de l'hypothèque pour dette future n'est d'ailleurs même plus discutée aujourd'hui devant les tribunaux (42).

Tout récemment, la jurisprudence a eu à se prononcer sur la validité de sûretés nouvelles, les délégations de marchés. Cette pratique toute moderne consiste en ceci : un entrepreneur pour se faire ouvrir un compte-courant en banque délègue à cette banque, à titre de gage et nantissement, à la garantie du solde éventuel de son compte, toutes les sommes qui pourront lui être dues à raison de marchés de travaux conclus par lui ou qu'il conclura par la suite. La validité d'une pareille pratique fut discutée, car les créances données en nantissement sont futures ; mais la Cour de Paris (43) ne s'est pas arrêtée à cette objection et a validé l'opération dans laquelle non seulement la créance garantie est future, mais encore la créance donnée en nantissement. Deux décrets-lois, l'un du 30 octobre 1935 et l'autre du 25 août 1937 sont venus depuis confirmer cette décision.

On peut donc conclure que la situation du bénéficiaire d'une disposition anticipée, du titulaire d'un droit futur, est ainsi suffisamment protégée pour qu'il soit inutile d'avoir recours à la fiction dangereuse pour les tiers que

(41) Cf. Cass., 10 janv. 1888 (S. 91-1-467).

(42) Cf. DESAINT (Michel), *L'affectation hypothécaire à la garantie d'un compte-courant*, thèse Paris, 1938, p. 112 et suivantes.

(43) Paris, 4 avril 1935 (*Gaz. Pal.*, 1935-2-44).

constituerait ici la rétroactivité. Si le bénéficiaire de la disposition anticipée a été négligent, il ne devra s'en prendre qu'à lui ; mais la situation du tiers de bonne foi sera alors plus digne d'intérêt que la sienne, et devra l'emporter : *jura vigilantibus non dormientibus succurunt*.

SECTION III. — LA THEORIE DES RISQUES

La question des risques se pose aussi bien pour le créancier d'une chose future que pour le créancier futur d'un objet actuel ; nous nous proposons de l'étudier pour le droit futur en général. On conçoit sans peine que la théorie des risques soit particulièrement importante dans ce domaine, car la situation juridique future est caractérisée justement par une très grande instabilité ; l'acte juridique est inachevé et donne par conséquent bien plus facilement prise à des faits extérieurs qu'un acte parfait qui crée une situation nette. Les problèmes des rapports entre les parties du futur contrat vont revêtir ainsi une acuité toute spéciale. Nous allons donc examiner successivement l'influence du cas fortuit et de la loi sur ces contrats anticipés.

Paragr. I. — Le cas fortuit

Nous avons vu que lorsque le disposant empêche par ses actes la réalisation du contrat, le créancier de ce contrat a droit à des dommages-intérêts ; le tribunal se bor-

nera à constater si, sans l'intervention du disposant, la chose future aurait pu exister ou le contrat se former.

Nous nous plaçons désormais dans l'hypothèse où le contrat ne peut pas se former pour une cause indépendante des parties : un cas fortuit détruit complètement la chose, ou lui fait subir simplement des dégradations importantes : que décider ?

1° DESTRUCTION TOTALE DE L'OBJET

Le cas le plus pratique est ici celui d'une promesse de vente : il est bien évident que les risques resteront à la charge du disposant, du propriétaire de la chose ; res perit domino : le créancier du contrat ne donnera plus son consentement à celui-ci. Comme le dit fort justement Titulesco : « Si antérieurement à la réalisation de l'éventualité, l'objet vient à disparaître fortuitement, il n'y a jamais eu un contrat ! » (44).

Il faudra de même décider que, si la disposition a pour objet une chose future dont la fabrication est interrompue et qu'il est devenu subitement impossible de se procurer, le contrat ne pourra se former ; mais il n'y aura pas lieu d'allouer à l'acquéreur des dommages-intérêts. D'après la position prise par Demogue et Titulesco relativement à l'art. 1130, ils auraient été certainement amenés à un résultat contraire ici, s'ils s'en étaient expliqués : ils considèrent en effet le contrat comme déjà formé.

On appliquera encore la règle « res perit domino » par

(44) TITULESCO, op. cit., p. 246.

exemple dans la promesse de prêt de consommation : lorsqu'on a promis de prêter un corps certain et déterminé, les risques ne passent à l'emprunteur qu'à partir de la tradition ; avant que celle-ci ait été effectuée, il n'y a pas encore prêt et si la chose périt, elle périt pour le propriétaire.

Il faut remarquer que dans tous ces cas, le créancier du contrat ne pourra obtenir de dommages-intérêts, car le disposant n'a pas trahi ses obligations ; c'est malgré lui, que le contrat ne peut se former. Par suite le bénéficiaire de la promesse subira aussi indirectement un dommage : il sera déçu dans ses espérances, sans compensation possible.

2^o DESTRUCTION PARTIELLE DE L'OBJET

La question qui se pose ici est de savoir si l'art. 1182 C. Civ. relatif aux droit conditionnels peut être utilisé dans le domaine des droits futurs. Demogue pense que les règles de l'art. 1182 doivent être spéciales aux droits conditionnels, car « la loi fait une sorte de cote mal taillée pour répartir les mauvaises chances en cas de détérioration fortuite ; c'est une sorte de principe transactionnel dont la législation aurait fort bien pu se passer, et que nous pouvons appliquer uniquement au cas spécial qu'il vise » (45).

Titulesco reproche à Demogue de n'avoir envisagé que le côté négatif du problème, et de n'avoir pas dit selon

(45) DEMOGUE, rapporté par TITULESCO, op. cit., p. 247.

quels principes on devra résoudre la question posée à défaut de l'application de l'art. 1182 ; et d'après lui si l'on regarde le côté positif de ce problème, on constate que la raison indique comme applicables les règles mêmes de ce texte : « En effet, avant la réalisation de l'éventualité, le débiteur reste maître de sa chose, conséquemment il doit en supporter les risques ; la faculté de demander la résolution doit donc être reconnue au créancier en pareil cas » (46).

Selon nous, ce raisonnement est très critiquable ; d'abord il parle de résolution du contrat, alors qu'en fait celui-ci n'a pas pu se former, et d'autre part il revient à l'art. 1182 C. Civ. dont il faut se libérer ainsi que l'explique fort bien Demogue.

En réalité s'il s'agit d'un droit futur sur un objet existant, d'une promesse de vente par exemple, le créancier du contrat donnera ou non son consentement suivant le degré de détérioration de l'objet. La solution du problème dépendra de la volonté du créancier qui pourra prendre le risque à sa charge s'il y trouve encore un avantage.

Par contre, s'il s'agit d'une chose future qui présente à sa naissance une valeur très inférieure à celle que l'acquéreur escomptait, les risques seront pour lui : il a donné son consentement à l'opération et il ne peut plus le rétracter sans violer ses engagements, source de dommages-intérêts pour le vendeur dont le prix de revient de cette chose aura peut-être été le même que si elle avait été parfaite.

(46) TITULESCO, op. cit., p. 247-248.

Paragr. II. — La loi

La loi peut atteindre un droit futur en s'attaquant à la convention d'où il dérive : en effet il se peut qu'avec le temps cette convention, licite au début, soit considérée contraire aux nouvelles mœurs et opinions, et qu'une loi prohibitive intervienne.

Quel sera l'effet de cette loi sur le contrat en cours, et quels seront alors les rapports des parties ?

M. Roubier nous indique qu'« on admet que toutes les conséquences du contrat demeurent soumises à la loi originelle du contrat. Mais, en ce qui concerne au contraire l'obligation éventuelle légale, elle est atteinte par les lois nouvelles comme toute situation légale en cours » (47).

Titulesco part de la remarque « qu'il est constant qu'un droit conditionnel subsisterait même si une loi, postérieure à sa naissance, interdisait dans l'avenir la convention qui l'a engendré » (48). Et il applique ce principe aux droits éventuels, en distinguant toutefois, comme M. Roubier, les droits éventuels « nés d'un contrat » du droit éventuel légal ; il admet également qu'une loi nouvelle à caractère d'ordre public peut mettre fin aux droits éventuels conventionnels qui produiraient des effets contraires à l'ordre public nouvellement créé.

Demogue est plus réservé quant à cette dernière conséquence. On peut se demander, dit-il, en présence d'une

(47) ROUBIER (Paul), *Les conflits de lois dans le temps*, Sirey, 1933, tome II, p. 49.

(48) TITULESCO, *op. cit.*, p. 294.

loi nouvelle à caractère d'ordre public, « si l'acceptation de la promesse de contrat ne pourrait pas être refusée, car la situation en vue de laquelle les parties ont traité est différente. Il faudrait admettre cette solution dès que la modification apportée serait assez importante » (49).

Pour nous, la solution est simple. Tous ces auteurs n'ont pas assez mis en lumière, qu'à la différence du droit conditionnel, nous sommes en présence d'un contrat inachevé, d'une disposition anticipée. La loi est assimilable au cas fortuit ou à une nouvelle disposition du cédant avec un tiers ; le contrat ne pourra pas s'achever ; l'opération avorte. Seulement là encore, il n'y aura pas place pour des dommages-intérêts : si l'acte juridique ne peut pas se parfaire, ce n'est pas la faute du disposant ; c'est bien plutôt malgré lui.

A la différence du droit conditionnel qui est déjà né, le droit futur ne l'est pas. Et c'est en envisageant comme le fait Titulesco, les droits éventuels « nés d'un contrat », qu'on est amené à donner les mêmes solutions que pour le droit conditionnel.

(49) DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome II, p. 78, n° 509.

CONCLUSION

Après avoir analysé l'acte de disposition relatif à une situation juridique future, une conclusion s'impose : cet acte est vraiment dans sa nature bien différent de celui qui porte sur un bien présent. On n'est maître de l'avenir que dans une mesure limitée, on ne peut engager les biens futurs que jusqu'à un certain point. Alors qu'une disposition d'un bien présent correspond à un abandon de pouvoir sur ce bien, celle d'une valeur future laisse au disposant le pouvoir d'en disposer à nouveau, elle ne quitte pas son patrimoine avant de s'incorporer dans un objet à sa naissance.

De nos jours, on se méfie en général de ces valeurs futures, on revient à des éléments plus stables par une notion plus exacte du possible. Un auteur pouvait écrire au début du siècle : « De plus en plus la fortune, la composition des patrimoines devient mobilière et se transforme en titres de bourse. On préfère aujourd'hui posséder des actions de sociétés immobilières plutôt que des immeubles. Déjà nombre de gens ont leur fortune immobilière en créances hypothécaires. La possession fait peur et le titre de propriétaire d'immeubles ne semble plus

enviable » (1). Il paraît bien qu'une telle tendance constatée alors, caractéristique de la fièvre du risque qui s'était emparée des peuples, n'ait fait qu'empirer jusqu'à la crise économique récente, au point que même les biens présents ne suffisaient plus. Toutefois cette crise n'a pas épargné dans ses ravages les affaires industrielles et commerciales les plus solides en apparence, et, devant les faillites multiples et les baisses vertigineuses des titres en bourse, l'opinion publique s'est émue fortement ; sa mentalité tend à changer ; le droit futur de l'actionnaire au dividende s'est révélé souvent fort illusoire. Le risque attire moins : on n'en veut plus.

On n'accorde plus aux valeurs futures le crédit inconsideré qu'on s'était habitué à leur attribuer : l'affectation hypothécaire à la garantie d'une ouverture de crédit ou du solde éventuel d'un compte-courant, les émissions par les sociétés d'obligations hypothécaires, sont des opérations qui se généralisent. Au milieu de cette bourrasque, on ne se fait plus guère d'illusions sur la valeur de l'avenir, on a perdu confiance.

On ne doit pas toutefois tomber dans l'excès inverse ; il ne faut voir là qu'une réaction contre les abus commis, mais l'équilibre peut renaître un jour par une meilleure utilisation des armes que nous avons vues à l'usage au cours de cette thèse. Elles sont destinées à dominer l'avenir ; mais elles sont dangereuses, il faut savoir les manier, car on risque de se laisser dominer par ce dernier.

(1) MAGNILLAT (André), *De la subrogation réelle*, thèse Lyon, 1912, p. 311.

en l'engageant imprudemment : c'est ce qui est arrivé ; l'expérience doit désormais servir de leçon, mais non détourner de cette arme qui peut rendre des services si elle est bien comprise.

La disposition d'un bien futur ne doit avoir qu'un résultat : conférer à l'acquéreur une situation privilégiée d'attente. C'est plus une garantie qu'une disposition. Cette ligne directrice contribuera peut-être à redonner aux rapports économiques la stabilité qu'ils avaient perdue à la suite d'une utilisation anarchique d'un élément pourtant appréciable de nos patrimoines.

Il ne faut jamais perdre de vue que l'Economie politique est une branche du Droit : le juriste et l'économiste doivent collaborer, et les problèmes de l'un ne sauraient laisser l'autre indifférent ; ils doivent s'équilibrer mutuellement, l'économiste en apportant au juriste l'enseignement des faits et le juriste en mettant un frein aux abus de la pratique. La Société est basée sur cet équilibre, et c'est en le rompant qu'on aboutit à des convulsions dont la dernière crise mondiale nous a fourni un exemple.

Tel est le rôle social du juriste ; tel a été le but de cette thèse.

Lyon, le 8 novembre 1939,
Le Président de la Thèse :
P. ROUBIER.

Vu et approuvé,
Lyon, le 8 novembre 1939
Pour le Doyen, l'Assesseur,
P. ROUBIER.

Vu et permis d'imprimer :
Lyon, le 9 novembre 1939,
Le Recteur, Président du Conseil de l'Université,
A. LIRONDELLE.

Bibliographie

- BERNARD (Louis). — L'acte conditionnel envisagé dans ses effets rétroactifs (*Thèse Aix*, 1909).
- BOUZAT (Pierre). — De la nature juridique des droits du grevé et de l'appelé dans les substitutions permises (*Thèse Paris*, 1931).
- BRECHT. — Bedingung und Anwartschaft (*Iherings Jahrbücher*, Bd., 61, S. 263 ff).
- GAJEWITZ (Walter). — Wie ist die Anwartschaft aus bedingter Uebereignung pfändbar ? (*Thèse*, 1935).
- CHAISE MARTIN (Louis de). — Des effets entre les parties des contrats portant disposition de la chose d'autrui (*Th. Paris*, 1936).
- CHEVALLIER (Jean). — De l'effet déclaratif des conventions et des contrats (*Thèse Paris*, 1932).
- DALLOZ — *Répertoire pratique*. V° transport, cession.
- DEMOGUE (René). — Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance (*Rev. trim. dr. civ.*, 1905).
- De la nature et des effets des droits éventuels (*Rev. trim. dr. civ.*, 1906).
- Traité des obligations en général (Paris, 1923).
- Valeur et base de la notion de rétroactivité (Modena, 1930).
- DESAINT (Michel). — L'affectation hypothécaire à la garantie d'un compte-courant (*Thèse Paris*, 1938).
- DÖHRING (Rudolf). — Verfügungen über bedingte und zukünftige Rechte (*Thèse Strasbourg*, 1906).

- DUFFEZ (Georges). — Du rôle des établissements de crédit dans le financement des marchés de travaux et fournitures (*Thèse Lyon*, 1939).
- EYGOUT (Henri). — De l'effet rétroactif de la condition accomplie (*Thèse Paris*, 1922).
- FILDERMAN (R.). — De la rétroactivité de la condition dans les conventions (*Thèse Paris*, 1935).
- FREJAVILLE (Marcel). — Des meubles par anticipation (*Thèse Paris*, 1927).
- HACKENBERG (Gotthard). — Die Cession zukünftiger Forderungen (*Thèse Breslau*, 1928).
- HUC (Théophile). — Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances (Paris, 1891).
- JOSSERAND (Louis). — Sur la nature juridique des donations entre époux lorsqu'elles portent sur des biens à venir (*D. H.*, chronique, 1930, p. 23).
- Cours de droit civil positif français (Paris, 1933).
- LECOMPTE (Henri). — Essai sur la notion de faculté en droit civil (*Thèse Paris*, 1930).
- LEDUC (Etienne). — Des avants-contrats (*Thèse Paris*, 1909).
- LELOUTRE (Amédée). — De la non-rétroactivité de la condition dans l'acte et le fait juridique (*Thèse Caen*, 1904).
- MAUZAC (Louis). — Le droit de préemption en matière civile et commerciale (*Thèse Montpellier*, 1935).
- MINEI (Basile). — Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance (*Thèse Paris*, 1912).
- NERSON (Roger). — Les droits extrapatrimoniaux (*Thèse Lyon*, 1939).
- ERTMANN (Paul). — Die Rechtbedingung (Leipzig, 1924).
- OHMEYER (Kamillo Edlen von-). — Verfügung über künftige Rechte ; zugleich ein Beitrag zur Theorie der künftigen Rechte (Leipzig et Vienne, 1909).
- ROGUIN (Ernest). — La science juridique pure (Paris et Lausanne, 1923).
- ROUBIER (Paul). — Les conflits de lois dans le temps (*Sirey*, 1933).

SABATIER (Pierre). — La promesse de contrat dans le droit du patrimoine (*Thèse Montpellier*, 1936).

TITULESCO (Nicolas). — Essai sur une théorie générale des droits éventuels (*Thèse Paris*, 1907).

TUHR (Andreas von). — Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft (Munich et Leipzig, 1914).

VINCENT (Jean). — La nature des prérogatives conférées à l'actionnaire sur le dividende par le vote de l'Assemblée générale (*Rev. gén. de droit com.*, mars-avril, 1939, p. 257 et suivantes).

WÜRDINGER (Hans). — Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegriff (Munich, 1928).

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	7
------------------------	---

PREMIERE PARTIE NOTION DE DROIT FUTUR

CHAPITRE PREMIER. — <i>Examen de la notion de droit éventuel</i>	15
<i>Section I.</i> La doctrine de base : Demogue	16
§ 1. Exposé de la théorie	16
1. Définition du droit éventuel	16
2. La notion de droit réel éventuel	18
3. La question de la rétroactivité	22
§ 2. Critique de la théorie de Demogue	24
1. Fausse conception du droit éventuel	25
2. Critique de la notion de droit réel éventuel	29
3. Critique de la théorie de Demogue sur la rétroactivité	33
<i>Section II.</i> Les théories postérieures	36
§ 1. Théorie qui ramène le droit éventuel au droit conditionnel	36
1. Exposé de la théorie	37
2. Critique de cette théorie	39
§ 2. Théorie qui ramène le droit conditionnel au droit éventuel	40
1. Exposé de la théorie	41
2. Critique de cette théorie	44
§ 3. Théorie de l'avant-contrat	47
1. Exposé de la théorie	47
2. Critique de cette théorie	49

CHAP. II. — <i>Le droit futur et ses caractéristiques</i>	51
<i>Section I. La notion d'anwartschaft du droit allemand</i>	52
§ 1. Nature de l'anwartschaft.....	52
§ 2. Situations auxquelles s'applique cette notion	56
§ 3. Importance de cette notion en droit allemand	61
§ 4. Application de cette notion au droit français	62
1. L'anwartschaft est un droit.....	62
2. L'anwartschaft ne s'applique qu'au droit futur	64
3. Définition de l'anwartschaft	65
<i>Section II. Analyse du droit futur</i>	66
§ 1. Le principe de la simultanéité et la formation successive du contrat.....	67
1. La théorie de l'unité de temps.....	68
2. La théorie de la formation successive du droit	69
3. In medio stat virtus.....	72
§ 2. Droit futur et droit conditionnel.....	73
1. Aperçu doctrinal	74
2. Résumé des différences signalées.....	80
§ 3. Droit futur et expectative.....	81
1. La notion d'expectative	81
2. Recherche d'un critère de distinction.....	88
3. Le passage de l'expectative au droit futur....	93
§ 4. Définition et classement des droits futurs....	95
1. Définition du droit futur.....	95
2. Classement des droits futurs.....	99
APPENDICE. — <i>Exemples de droits futurs</i>	105
1. Le droit au dividende de l'actionnaire dans une société	105
2. Le droit de l'appelé dans les substitutions permises	107
3. La promesse de vente.....	109

DEUXIEME PARTIE

LES ACTES DE DISPOSITION RELATIFS AUX DROITS FUTURS

CHAPITRE PREMIER. — <i>Admissibilité de tels actes</i>	117
<i>Section I. Le droit allemand</i>	118
§ 1. Etat de la question en droit commun.....	118
§ 2. Le code civil allemand de 1900.....	119

§ 3. La jurisprudence du Tribunal d'Empire....	124
§ 4. La doctrine.....	127
<i>Section II. Le droit français.....</i>	130
§ 1. La chose future.....	130
1. Le code civil.....	130
2. La jurisprudence	131
3. La doctrine	133
§ 2. La chose d'autrui.....	138
1. Le code civil.....	138
2. La jurisprudence	140
3. La doctrine	143
§ 3. Essai de synthèse.....	146
1. La chose future et la chose d'autrui sont d'es- sence identique	147
2. Les art. 1130 et 1599 C. Civ. sont le complé- ment l'un de l'autre.....	151

CHAP. II. — *Effets des actes de disposition sur choses futures*

<i>futures</i>	157
<i>Section I. L'acte avant la naissance de l'objet...</i>	158
§ 1. Nature de l'opération.....	158
1. Le but de l'opération.....	158
2. L'opération n'est pas un contrat aléatoire..	161
3. C'est une disposition anticipée.....	164
§ 2. Effets de l'opération entre les parties.....	168
1. Création d'un droit d'anwartschaft.....	168
2. Comment cette situation est-elle protégée ?.	171
§ 3. Effets de l'acte à l'égard des tiers.....	176
1. Conditions d'opposabilité de l'acte aux tiers	176
2. Sanction de ces formalités.....	178
<i>Section II. L'acte après la naissance de l'objet..</i>	180
§ 1. Dans quel patrimoine l'objet prend-il nais- sance ?	181
1. Le cessionnaire est successeur juridique du cédant dans la créance.....	182
2. Conséquences juridiques de la « théorie du passage »	186
§ 2. La question de la rétroactivité.....	188
1. Analyse de la notion de rétroactivité.....	188
2. Pas de rétroactivité possible ici.....	191

3. Les remèdes à cette non-rétroactivité.....	193
<i>Section III. La théorie des risques.....</i>	<i>199</i>
§ 1. Le cas fortuit.....	199
1. Destruction totale de l'objet.....	200
2. Destruction partielle de l'objet.....	201
§ 2. La loi.....	203
CONCLUSION	205
BIBLIOGRAPHIE	209
